



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 003-2021-00381-01

Demandante: GLORIA INES ROMERO PAMPLONA

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES PROTECCION S.A.

AUTO

Con reconocimiento de personería adjetiva, apoderado en sustitución, Colpensiones - HERNÁN FELIPE JIMÉNEZ SALGADO. Conforme documental allegada.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá del diecinueve (19) de abril de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Gloria Inés Romero Pamplona llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.- y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declarare que fue inducida en un error grave por parte del Protección S.A., al omitir información completa, veraz, oportuna e imparcial sobre los beneficios e inconvenientes, consecuencias y efectos

¹ Pase al Despacho 5/08/2022

relacionados con la decisión de su traslado de régimen de ahorro individual, por ello solicita se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Protección S.A.-. Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados al régimen de ahorro individual desde el 01 de marzo de 1996, las costas del proceso y lo que se pida ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 23 de marzo de 1965; que se afilió el 30 de septiembre de 1987 al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, el monto de la pensión de vejez que correspondería por estar vinculada al RPMPD sería en cuantía mensual no inferior a una tasa de reemplazo entre el 65 y 55% y en forma decreciente según el nivel de ingresos, con la expectativa de llegar hasta una tasa de entre el 80% y 70.5% del ingreso base; en el mes de marzo de 1996 se trasladó a la AFP Protección S.A, que no fue asesorada, ni informada por la AFP, de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones al momento de dicha afiliación; que acredita más de 1.552 semanas; que solicitó a Protección un informe sobre la rentabilidad anual obtenida por lo aportes de la cuenta de ahorro individual y los cálculos de pensión en cada uno de los escenarios; que el 29 de julio de 2021 petitionó ante Colpensiones y Protección nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa a esta. (Exp. Digital: «01. Demanda» pdf. 01 a 16).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro del material probatorio allegado por la parte actora no obra documental idónea que demuestre la prosperidad de la argumentación planteada, razón por la cual la afiliación de la accionante al RAIS con la AFP Protección S.A., resulta ser válida, máxime cuando se realizó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Formuló como excepciones de mérito las de *«La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen»*, *«Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social»* *«Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación»* *«El error de derecho no vicia el consentimiento»* *«Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que condicionó el artículo 48 de la constitución política)»* *«Buena fe»* *«falta de causa para pedir»* *«Presunción de legalidad de los actos jurídicos»* *«inexistencia del derecho reclamado»* *«prescripción»* y las *«innominada o genéricas»*².

Por su parte Protección S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, el formulario de vinculación se suscribió en forma libre y espontánea; la manifestación de la voluntad estuvo libre de presión y engaños, pues la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el

² (Exp. Digital: «04ContestacionColpensiones.pdf» Págs. 02 a 20)

consentimiento, reitero que el mismo se hizo de forma libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Protección y un acto válido y existente. Formuló como excepciones de mérito *«prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» e «innominada o genérica»³*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecinueve (19) de abril de dos mil dos (2022), resolvió, según acta:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante GLORIA INES ROMERO PAMPLONA del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., realizado el 1° de marzo de 1996, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante GLORIA INES ROMERO PAMPLONA por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bono pensionales en caso de haber sido redimidos, con todo los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno y por ningún concepto, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones aceptar el traslado de los dineros que efectuó Protección S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante GLORIA INES ROMERO PAMPLONA, como si nunca se hubiese trasladado de régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR no probado la excepción denominada principio de sostenibilidad financiera propuesta por la demandada Colpensiones, y la de prescripción propuesta por ambas demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

³ (Exp. Digital: «05ConestacionProtección.pdf». 3 a 26).

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN, las que se tasan en la suma de un millón quinientos mil (\$1.500.000), para cada una de ellas [...].”

Señaló en fundamento que Protección S.A. incumplió su deber de proporcionar una información clara, oportuna al momento del traslado, la obligación de consentimiento informado que corresponde a la AFP sobre las características de cada régimen; sobre las prestaciones a las que tenga derecho el afiliado como la pensión de jubilación o de vejez invalidez, sobrevivientes, debiéndose realizar un estudio personalizado (al índice 11, min 1:16:34)

III. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A., presento recurso de apelación parcial respecto del numeral 2 de la providencia dictada, y en lo que tiene que ver con la condena a devolver aportes voluntarios, y lo descontado por comisión de administración y primas del seguro provisional, toda vez que, la comisión de administración es un descuento autorizado en la Ley 100 de 1993, y en el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, faculta a los fondos privados a realizar el descuento del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados, se usa para pagar los gastos de administración; y las primas de seguro previsual, es un descuento que opera en ambos regímenes como obra prueba en el expediente de los certificados de rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, así se demuestra que los aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado y que fueron debidamente administrados, por tanto, cuando se obliga a Protección S.A., a devolver los dineros de la cuenta individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros generados, aportes voluntarios y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se está constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES, porque está recibiendo unos rubros que no encaminados a pagar una pensión de vejez, y adicionalmente, se le está trasladando los rendimientos de la cuenta individual fruto de la buena gestión.

Agregó que, en presente caso se pretende que un acto jurídico sea declarado como ineficacia y que no nació a la vida jurídica, si tenga vida jurídica para generar o trasladar los rendimientos financieros pero no hay lugar a realizar descuentos por cuotas de administración, pues ello es contrario, pues interpreta el artículo 1746 C.C. en forma parcial, la misma norma dispone que en las restituciones mutuas que hacen los contratantes en virtud de este pronunciamiento será cada cual responsable de las pérdidas de las especies, su deterioro, de los intereses y frutos, en este orden de ideas, y se diera una aplicación estricta, completa y legal a este norma, no se tendrían las siguientes consecuencias: “el contrato de afiliación nunca existió, y Protección no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y de allí que no se produjeron los rendimientos que se están ordenando trasladar a COLPENSIONES para que entonces no existiera el cobro de una comisión de administración”.

De otra parte, expresó que se cumplió con el deber contractual de contratar la póliza que realizara la cobertura de las contingencias de invalidez y pensión de

sobrevivencia que pudiese sufrir la demandante, aquí lo claro es que el contrato de esta póliza no solo opera en el RAIS, sino también en el RPMPD, y cualquier AFP están obligadas a cubrir estos riesgos a través de un tercero que nada tiene que ver en este proceso. Del mismo modo con estas condenas se pretende desnaturalizar el contrato de seguro que es objeto de esta previsión, teniendo en cuenta que se está buscando entonces, que el afiliado recobre lo que pagó como concepto de seguro a pesar de no haber sufrido el siniestro, incluso, deshacer los efectos del giro de estas sumas, aun cuando a futuro, se podría generar cualquiera de estas dos contingencias. En lo relativo a la pensión de invalidez las cotizaciones voluntarias no hacen parte del capital para financiarla. Por lo que, nuevamente se reitera que son aportes diferentes al obligatorio, y por esa razón es el afiliado quien debe disponer libremente de ello y no el juez de instancia en este tipo de condenas.

Respecto al fenómeno de la prescripción y cobro 3% por administración, manifesté si es prescriptible, en tanto es de tracto sucesivo, no financia pensión de vejez y lo prescriptible es el acceso a la ineficacia, por ende, los créditos y las obligaciones que de esta se deriven si gozan de la prescripción, hizo mención que los aportes voluntarios al cambiarse de régimen se reintegran al afiliado, salvo disposición del afiliado no integran la pensión de invalidez, son aportes diferentes al obligatorio por tanto no pueden ser objeto de ineficacia y ser su utilización a elección del demandante, como se encuentra en su cuenta individual, bajo un fondo de ahorro voluntario y no ser trasladados a Colpensiones. (Min 1:41:43).

Colpensiones interpuso recurso de apelación, expresó que quedó demostrado en el plenario que la accionante nació el 23 de marzo de 1965, es decir, que para el 2021, anualidad a partir de la cual comenzó a realizar los trámites tendientes a retornar el RPM, ya contaba con 56 años, encontrándose inmersa en la prohibición legal artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Indicó que, conforme al principio de la relatividad de los negocios jurídicos, esta se presenta entre la demandante y Protección, por tanto, Colpensiones no debe imponérsele responsabilidad o condena alguna. La responsabilidad en este caso, en particular sería de Protección, pues fue directamente con dicho fondo que se realizó la suscripción de la afiliación. Finalmente solicitó se absuelva en costas (min. 1:53:33).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por GLORIA INES ROMERO PAMPLONA del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante

nació el 23 de marzo de 1965 (al índice 01 pdf, 20); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 30 de septiembre de 1987 hasta el 31 enero de 1996 (al índice 4 pdf 46.), iii) el 01 de marzo de 1996 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colmena Cesantías y Pensiones, hoy Protección S.A.,(pág. 38 índice 05).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 7/09/2021 (índice 01 pdf 2) tenía cumplidos 56 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones y a Protección S.A., (índice 01, Pdf 46 a 52) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, la parte actora pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que trató el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites “... *debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...*”, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo).

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, pues el formulario de afiliación, se extiende al consentimiento simple, pero no infiere que fuera precedido del deber de información a cargo del administrado experto. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS. Tampoco de confesión de la actora pues no se trata sobre coacción alguna, lectura del formulario, recibir extractos o información posible en los medios dispuestos como página web de la demandada, sino de una descripción de la información detallada sobre las consecuencias del traslado, de un asesoramiento leal sobre las diferencias de cada régimen, lo que no se evidencia en tal declaración.

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro que la carga de probar aquel deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, pero en concreto y facultada esta Sala para advertirlo en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por la aceptación de afiliación a la demandada Protección S.A. en el RAIS, que no supe, como tampoco lo haría el formulario de afiliación, aquel deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, correspondía la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C. que implica la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara frente al recurso del fondo privado que:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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, pues pese que el demandante, pueda acercarse a la edad mínima pensional, el traslado no corresponde únicamente por las cotizaciones netas y bajo tal postulado, pese la inconformidad de Protección S.A., se explica el giro tanto de

rendimientos, como de la cotización completa, incluyendo las comisiones cobradas y seguros provisionales.

Razones expuestas que permiten concluir que los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 19 de abril de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. Es de tener en cuenta como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, se adicionarán el ordinal segundo de la sentencia recurrida, que, si bien menciona los anteriores conceptos, no así sobre el porcentaje en relación con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que estas entidades cobraron, debidamente indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad. No obstante, se excluirá la devolución por

concepto de cotizaciones voluntarias en caso que se hubiesen realizado, que fue objeto de condena por el a quo, toda vez que, tales aportes forman parte del patrimonio del afiliado y, no de los recursos del sistema general de pensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional, observando que los fines del traslado no solo de las cotizaciones, sino de los valores antes referidos, corresponden a los efectos asignados en doctrina citada a la ineficacia del traslado en conjunto a la sostenibilidad financiera del RPMPD, no propiamente hacia un enriquecimiento del actor, sino de la restauración de la situación jurídica, en que el fondo administrador en el RAIS, no demostró haber obrado con la debida diligencia y libre de cualquier reticencia al motivar u originar el traslado de regímenes para el demandante, situación jurídica que pese ser ahora COLPENSIONES el administrador del Régimen de Prima Media, conlleva frente a su interés jurídico, que sus argumentos no se escriban en preponderancia y a exclusión a los del afiliado, quien no fue debidamente informado, en criterio no de normas que no podrían haber estado vigentes o de una diligencia alegada por Protección contra quien no es administrador lego, sino de restauración del derecho, en tanto en criterio deducido en Casación Laboral, el estándar de información y su prueba bajo un postulado de un Sistema de Seguridad Social, no fue debidamente acreditado por el fondo administrador en el RAIS que suscitó el traslado entre regímenes.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual COLPENSIONES ni PROTECCIÓN S.A., obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado por el actor, esto que implica confirmar aquellas indicadas en primera instancia.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se modificará la decisión de primer grado, en el ordinal segundo y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecinueve (19) de abril de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora

GLORIA INES ROMERO PAMPLONA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo sentencia de primera instancia, los cuales quedaran así:

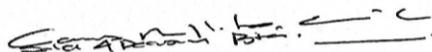
“SEGUNDO:CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante GLORIA INES ROMERO PAMPLONA por concepto de los aportes que existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen”.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e9592b26cd0a96e660314542a3ebfda567b9902af3c7a3deb0298db479474cfd**

Documento generado en 31/03/2023 04:42:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario: 110013105-005-2020-00312-01

Demandante: JOSE DIEGO RAMIREZ MORALES

Demandada: AEROESTRUCTURA DE COLOMBIA SAS

SENTENCIA

Surtir el grado jurisdiccional de consulta¹ a favor del demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, como quiera que las pretensiones de la demanda fueron decididas en forma totalmente adversa a sus intereses.

I. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ DIEGO RAMÍREZ MORALES llamo a juicio a la Sociedad AEROESTRUCTURAS DE COLOMBIA SAS, para que previo los trámites legales, se declare que existió un contrato de trabajo que culminó por voluntad unilateral de la accionada sin justa causa. En consecuencia, se condene a la indemnización del artículo 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo -CST-, se pague los aportes a la seguridad social, se reliquide la indemnización y las demás prestaciones sociales, se traslade el cálculo actuarial a la administradora del fondo de pensiones, se paguen los daños y perjuicios ocasionados; así como a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que fue vinculado laboralmente el 21 de septiembre de 2016, para desempeñar el cargo de técnico a las aeronaves del contrato de Viva Colombia, inicialmente dicho contrato sufrió una serie de prorrogas en los años 2017, 2018, y terminó unilateralmente y sin justa casusa por parte del accionado el 20 de septiembre de 2019, que se encuentra afectada su salud debido a un tratamiento que no pudo continuar, como consecuencia del despido; que la liquidación que realizó la accionada no guarda proporción con la realidad de lo devengado. (Expediente Digital: 003. 22.09.2020 DEMANDA YANEXOS.pdf, Págs. 1 a 5)

¹ Paso al despacho 4/03/22

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de 19 de octubre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Aeroestructuras de Colombia SAS²

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a AEROESTRUCTURAS DE COLOMBIA SAS en REORGANIZACIÓN, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demandada.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSULTESE con el superior a favor del demandante. “

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que, no hay ningún elemento de juicio ni probatorio, para llevar al éxito de las pretensiones, por el contrario, obra material suficiente para tener por demostrada el cumplimiento de las obligaciones laborales de las demandadas. Refirió que no se alegó que el contrato de VIVA COLOMBIA hubiese finalizado más allá de los 70 días que le reconocieron, que eso pudo ser una posibilidad, pero esto no fue discutido, ni alegado por la parte actora en la demanda, lo que se pide en la demanda es la reliquidación del verdadero salario. Respecto a ese primer aspecto de la reliquidación de prestaciones sociales no hay ningún elemento de juicio, no se aportaron ningún tipo de pruebas para el éxito de las pretensiones de la demanda, para lograr advertir algún tipo de reliquidación, indicó que no se acreditó en el plenario cuáles fueron los daños que se generaron con ocasión al despido.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente condenar a la accionada, al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales a la indemnización establecida en el artículo 64 y 65 del CST, Igualmente si hay lugar al pago de los daños y/o perjuicios con ocasión de la terminación unilateral de la relación laboral.

² (Expediente Digital: 012. Auto.pdf, Págs. 1 a 2).

CONSIDERACIONES

Previo al análisis del proceso en controversia, cabe resaltar que no fue objeto de debate que entre las partes existió una relación laboral en el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 2016 hasta el 20 de septiembre de 2019, la terminación del vínculo laboral fue unilateral por parte de la accionada, en consecuencia, canceló la indemnización por despido sin justa causa.

La parte accionante al índice 003³ allegó liquidación de las prestaciones sociales de 20 de septiembre de 2019 (pág. 3); historia clínica a 17 y 25 de octubre de 2010 (pág. 8-15), examen de egreso de 24 de septiembre de 2019 (pág. 38), carta de terminación de la relación laboral en la se indica al accionante (pág. 30): *“por medió de la presente me permito informarle que AEROESTRUCTURAS DE COLOMBIA SAS en calidad de su empleador, ha decidido dar por terminado el día viernes 20 de septiembre de 2019, su contrato de trabajo por obra o labor contratada, suscrito entre las partes el 21 de septiembre de 2016. Esta terminación de contrato de trabajo se hace sin justa por decisión unilateral del empleador, pero se le va a terminar el contrato de trabajo sin justa causa, por parte se procederá por parte del empleador a efectuar el pago de la indemnización del mismo contrato”*; igualmente contrato individual de trabajo por obra o labor contratada (pág. 32), planilla de pago de cesantías a Protección S.A, (al índice 0.11, pág. 24)

Al efectuar el análisis de las pruebas enunciadas se logra colegir, que la liquidación efectuada por la pasiva, tuvo en cuenta el salario devengado por el accionante para el periodo a liquidar que conforme liquidación de prestaciones sociales con retiro al 20 de septiembre de 2019, se reporta en \$1.834.000 y con base para cesantías, prima de servicios y vacaciones a \$2.531.356, 2.818.342 y 2.549.098 respectivamente (Índice 01, pág. 6, también al índice 11 pág. 51-55), sin otro medio de prueba que informe de otras bases salariales ajustado a los hechos de la demanda, frente a cada una de las prestaciones sociales y vacaciones, no existe soporte de emolumentos adicionales que permitan efectuar una liquidación de mayor valor o resultado a la aportada y elaborada por el empleador ya que la afirmación de la demanda que refiere *“la empresa realizó una liquidación que no guarda proporción con la realidad de lo devengado”*, requiere un acervo probatorio que exprese sin lugar a dudas la razón de la reliquidación de prestaciones, toda vez que, es su deber probar que conceptos causados dejaron de ser cancelados. Por tanto no resulta posible efectuar la liquidación de las prestaciones sociales como lo pretende la parte actora en tanto no existe dentro del plenario prueba de otros pagos percibidos por el demandante a lo largo de la relación laboral, carga probatoria, conforme lo reglado por el artículo 167 del C.G.P aplicable a los juicios laborales en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (CPTSS) imponía el deber de soporte probatorio a cargo de la parte actora.

³ 03 003. 22.09.2020 DEMANDA Y ANEXOS

Debe tenerse en cuenta que los artículos 127 y 128 del CST, definen que sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y las que se excluyen a este. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad, sin que obre soporte factico y probatorio que la demandada indebidamente diera aplicación sobre estos artículos.

Siguiendo la misma línea argumentativa, esta Corporación debe precisar, que al no prosperar la reliquidación de las prestaciones sociales, conlleva igualmente absolver a la accionada de la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, ahora, valga resaltar que tal indemnización consagra en el artículo 64 del CST, fue cancelada al accionante, como se observa en la liquidación definitiva obrante al índice 03, pdf 6 y soportado lo anterior en el depósito judicial cobrado ante el Banco Agrario que sobre su informe el a quo requirió al Juzgado Doce Municipal de Pequeñas Causas Laborales (índice 15), al tiempo que no existe situación fáctica que además de probada tenga relación de causa a efecto sobre un perjuicio que ocasionara la terminación unilateral del contrato de trabajo mayor a la indemnización legalmente estipulada, ni soporte de que los días de referencia (70) para la tasación que de esta hizo el empleador en la citada liquidación de prestaciones sociales, no fueran acordes a la naturaleza del contrato por obra o labor contratada.

De lo anterior, y de conformidad con las reglas de la sana crítica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPTSS, de las documentales que reposan dentro del plenario, se evidencia que al demandante le fueron cancelados, los emolumentos, que eran constitutivos de salario, la liquidación de prestaciones sociales e indemnización del artículo 64 del CST, bajo la sumatoria de estos conceptos y descuentos por aportes en salud y pensión, en total por \$12.122.609 como pago contemplado en el depósito judicial.

De otra parte se precisa que en cuanto al hecho en la demanda que enuncia que el actor no pudo continuar con un trámite de salud, lo cierto es que en aras de acreditar tal supuesto, se allega historia clínica de fecha 17 de octubre de 2019, en los que se determina que el demandante debe practicarse una cirugía por afectación en salud como allí se expresa (índice 03 pág. 8-15), no obstante de tal documental no se sigue que aquella afectación presente origen laboral para que procediera análisis de responsabilidad a cargo del empleador.

También se precisa que para la procedencia de la indemnización moratoria, en caso del artículo 65 del CST, se ha definido de manera pacífica en Casación Laboral, citando sentencias SL4028-2020, que su imposición no es automática ni inexorable, puesto que debe estudiarse en cada asunto en particular sobre la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra.

Al respecto, ha de manifestarse que, de las pruebas obrantes dentro del plenario, se puede constatar en las documentales, carta de terminación del contrato de trabajo, signada el 20 de septiembre de 2019, liquidación de las prestaciones sociales de fecha 20 de septiembre de 2019, (al índice 03, pdf. 6 y 30), igualmente se tiene que Aeroestructuras de Colombia S.A.S, realizó depósito judicial ante el Banco Agrario de Colombia el 02 octubre de 2019, acta individual de reparto, pago por consignación de fecha 07 de octubre de 2010, autorización del empleador para entrega de \$12.122.609 al actor, (pdf. 43 a 46 al índice 011), monto que corresponde a la liquidación final de contrato de trabajo, se itera, junto a la indemnización del artículo 64 del CST, de lo cual puede concluir la Sala, que en el caso de autos, la demandada reconoció los derechos laborales del actor, a la terminación del vínculo contractual, procedió a realizar la respectiva liquidación, más aún cuando el depósito –título judicial- se consignó al 1 de octubre de 2019 (al índice 015) en un término razonable a la terminación de la relación laboral, esto es, pasados 11 días al fenecimiento del vínculo y se autorizó su pago al día siguiente ante el respectivo juzgado, tampoco que la demanda expresara aseveración fáctica de causación de esta indemnización por pago tardío sino por liquidación deficiente, como tampoco que indicara que oportunamente no le fue comunicado al actor sobre la existencia de tal depósito judicial.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que el concepto de condena en costas corresponde a la parte vencida en juicio, como forma resarcitoria frente a los costos que puede implicar la atención del litigio, conforme artículo 365, numerales 1 y 2 del CGP (artículo 145 del CPTSS), situación en la cual no

resulta atendible la exoneración a la parte actora sobre tal estipulación, contenida en la parte resolutive de la sentencia recurrida.

Razones expuestas que llevan a concluir que la sentencia de primer grado se confirme. Sin costas en esta instancia, al conocerse en virtud del artículo 69 del CPTSS.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

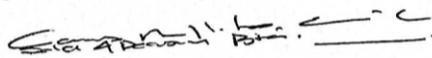
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por JOSE DIEGO RAMIREZ MORALES contra AEROESTRUCTURAS DE COLOMBIA SAS, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

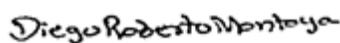
Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **145e586f13a415ae8113e3726ec71a913f178a4d52f87f8e626dde988986d92d**

Documento generado en 31/03/2023 04:42:55 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 008-2021-00009-01

Demandante: MAGDA PATRICIA HINCAPIE MEDINA
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Auto

Obra con reconocimiento de personería adjetiva la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada en sustitución de Colpensiones. Retoma el poder el doctor conferido, el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, como apoderado de Porvenir S.A. - Conforme documental allegada

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá del diecinueve (19) de mayo de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

¹ Pase a despacho 5/08/22

La señora Magda Patricia Hincapié Medina llamó a juicio Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que se declarare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- y sus posteriores traslados. En consecuencia, solicita se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos; y a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 14 de mayo de 1967; que, desde el 27 de noviembre de 1990 hasta el 07 de mayo de 1998, cotizó al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, el día 31 de julio de 1996 diligenció formulario de afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A., que el fondo privado no proporcionó una asesoría clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos reales del RAIS y del RPM; que posteriormente se afilió a Protección S.A., esto es, el 15 de mayo de 2002; sin ser advertida de las consecuencias económicas; no se le asesoró eficazmente, ni de manera rigurosa, transparente, adecuada, completa con diligencia, prudencia de las ventajas y desventajas con respecto a la decisión del traslado; que solicitó ante Colpensiones el 16 de octubre de 2020, a Porvenir S.A., el 15 de octubre de 2020 y a Protección S.A. el 10 de noviembre de 2020, anular su afiliación al RAIS, siendo negada dicha petición, siendo notorias las diferencias entre las proyecciones de pensión entre uno y otro régimen (01ExpedienteEscaneado *pdf. 01 a 31*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indicó que, desconoce las circunstancias de tiempo modo y lugar en que la demandante efectuó el traslado de régimen. Agregó que el traslado de régimen pensional por parte de la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia, consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido por haberse realizado conforme las exigencias legales y normativas para el momento del traslado, el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito que llamo «*Prescripción y caducidad*», «*Inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir*», «*innominada o genérica*»²

² (08ConestaciónColpensiones pág. 1 a 13).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad por parte de la actora fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993; que al suscribir el formulario de afiliación la actora era consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado, incluyendo aspectos relativos a bonos pensionales, así como su derecho de retracto, lo que sin duda constituye una ratificación del acto del traslado de pensiones. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «Prescripción», «Compensación» «Buena fe», «Inexistencia de la obligación» y «la genérica».³

Mediante auto calendo el 07 de julio de 2021, el a quo tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A.⁴

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de mayo de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MAGDA PATRICIA HINCAPIE MEDINA, realizó del régimen de prima al RAIS acaecido el 31 de junio de 1996, mediante a su afiliación a PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la señora MAGDA PATRICIA HINCAPIE MEDINA.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora MAGDA PATRICIA HINCAPIE MEDINA, tales como cotizaciones, bonos pensionales costos cobrados por administración indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado, precisando a que Porvenir hizo el traslado de todas las sumas que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante a PROTECCIÓN, PORVENIR deberá devolver únicamente las cuotas de administración indexadas del lapso temporal en la que se encontró vigente la afiliación de la demandante

³ (11AnexosConestaciónPorvenir pág. 1 a 17).

⁴ (Expediente digital al índice 14 Págs. 1 a 2)

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN y PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, o que reposaron en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes pensionales en la historia laboral

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de las demandadas PORVENIR Y PROTECCION, liquídense por Secretaría, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 [...].”

Señaló que, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este, clase de procesos la carga de la prueba, esta en cabeza de los fondos privados, pues son estos los que tienen la obligación de brindar una información clara, completa y comprensible de las características de cada régimen, al momento del traslado como lo establece el Decreto 663 de 1993. Verificado las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que Porvenir para el 31 de julio de 1996, fecha para la cual se produjo el traslado de régimen, no acreditó que haya informado o asesorado a la accionante sobre las características de los dos regímenes pensionales y las incidencias particulares que podrían tener respecto a la prestación de vejez, pues debía informar sobre los efectos del traslado de régimen; con los distintos formularios de afiliación no se acredita el consentimiento informado, como tampoco el traslado horizontal convalida el deber de información. Por tanto, declaró la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos frutos e intereses, sumas adicionales, gastos de administración debidamente indexados. Frente a las excepciones propuestas por las accionadas las declaró no probadas. (Min 32:20)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, argumentado, que conforme lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el formulario de afiliación es un requisito de existencia y validez de la afiliación, por tanto, al suscribirse el formulario se da entender que acepta todas las consecuencias y características del RAIS, se presume auténtico dicho documento. Resaltó que al momento de la afiliación solo tenía la obligación de preservar el citado formulario y no otra prueba que diera cuenta de la información que se le brindó, conforme artículo 271 de la Ley 100 de 1993 sobre actos atentatorios o impidan dicho derecho, lo que no se demostró en el presente proceso, en la afiliación al RAIS, representada que cumplió normatividad al momento de la afiliación, además soportado en confesión. Solicitó en subsidio se absuelva a la devolución de lo descontado por gastos de administración, toda vez que, estos constituyen conceptos autorizados por la buena administración que se

ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual, la cual se vio materializado al incrementar el saldo de la cuenta generando rendimientos. Asentó que, al ordenar el traslado de dichos conceptos se configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; precisando que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado, por tanto, no pertenecen a él, sino al fondo privado, por la contraprestación de la gestión que se adelantó. Que conforme artículo 20 inciso segundo pues en el RPM igualmente se generan gastos de administración, los que no forman parte de la pensión de vejez, luego están sujetos al fenómeno de la prescripción (al índice 24 min 42:35).

Colpensiones interpuso recurso de apelación, indicó que no se aportaron medios de convicción de los cuales se pueda acreditar el cumplimiento de las obligaciones por parte de las AFP, en este tipo de proceso adicional al formulario de afiliación no existe ningún otro documento o soporte que pueda dar cuenta de las circunstancias de tiempo modo o lugar en las que se realizó la vinculación al RIAS; para ese momento no existía ninguna obligación relacionada con la asesoría del traslado de forma que es posible concluir que las administradoras de pensiones a las cuales estuvo vinculada la demandante cumplieron con las obligaciones legales en cuanto a dar una asesoría de forma verbal y a que la actora de forma libre y voluntaria suscribiera el respectivo formulario de afiliación, de esa forma quedaba legalizado el acto de traslado y la vinculación correspondiente a la AFP. De forma que, pretender que la AFP allegue otros medios probatorios diferentes al formulario de afiliación, así sea prueba testimonial u otro tipo de medios, igualmente sigue siendo una carga que no se puede acreditar, pues el traslado de la demandante se realizó hace más de 25 años. Manifestó que, la accionante se vinculó al RAIS porque le pareció interesante, que la cuenta de ahorro individual generara rendimientos, por eso realizó múltiples traslados horizontales, junto al interrogatorio a la demandante en donde se indica que recibió información y su motivación para el traslado sobre la situación del Seguro Social, funcionamiento del RPM y rendimientos; en subsidio, se condene a Porvenir S.A., a trasladar los gastos de administración y comisiones bajo todas las entidades que se fusionaron Colpatria y Horizonte (min 46:34).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora MAGDA PATRICIA HINCAPIE MEDINA del RPMPD al RAIS.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 14 de mayo de 1967 (al índice 02 pdf 101) ii) se afilió a Colpensiones el 27 de noviembre 1990, (al índice 09, Hist. Laboral⁵) iii) Se afilió el 31 de julio de 1996 al RAIS, a través de la Porvenir S.A. (pág. 119, al índice 02), así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 03 de febrero de 1999 a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., desde Protección S.A (al índice 02. Pdf. 120). iv) el 12 de septiembre 1999 desde Horizonte Pensiones y Cesantías a Porvenir S.A (al índice ibidem. Pdf. 121), iv) el 1 de julio 2000 desde Porvenir S.A a Protección S.A (al índice ibidem. Pdf. 130).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 14/01/2021 (índice 01), tenía cumplidos 53 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Porvenir S.A. y a Colpensiones (fls. 108 a 113 al índice 02) cuando ya había superado los 47 años, limite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo en error a la demandante, sin haber documentado aquella AFP los efectos del traslado.

Al respecto, en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trató el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites “... debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...”, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele a la

⁵ GRP-SCH-HL-66554443332211_1939-20210308092508

afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo).

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Doctrina que ha explicado que, si el asesor o promotor no cumple con los expuestos, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En las más recientes providencias, la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado, en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado de la actora, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, pues el formulario de afiliación, se extiende al consentimiento simple, pero no infiere que fuera precedido del deber de información a cargo del administrado experto. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que

se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, se trata de una conclusión dentro del subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado, el que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme lo efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la señora Magda Patricia Hincapié hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 25 años, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021. En la misma línea, con relación a los actos de relacionamiento, que invoca la recurrente como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que no puede entenderse que los posteriores traslados entre administradoras configuran un acto relacionamiento que demuestre la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, en sentencia CSJ SL 1055-2022 radicación 87911 de 2 de

marzo de 2022, se reiteró que ello no desvirtúa el hecho del incumplimiento frente al deber de información. Tampoco lo alegado como expresado por la actora en el interrogatorio, pues los supuestos que se indica ella expresa, son insuficientes frente a la protección de la expectativa pensional, que era un acto de la debida información al momento del traslado, en los términos indicados por la Máxima Corporación de esta especialidad.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, sin perjuicio alguno ni para el afiliado y tampoco para el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado 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, pues el traslado no corresponde únicamente por las cotizaciones netas sino, el giro tanto de rendimientos, como de la cotización completa, incluyendo las comisiones cobradas y seguros provisionales.

Razones expuestas que permiten concluir que lo sustentado en los recursos de apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 19 de mayo de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los

porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados, actualización de valor que abarca “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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

De conformidad con lo expuesto se adicionará el ordinal tercero de la sentencia objeto de apelación en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A, a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a esas administradoras, conceptos que

deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles, no solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en si mismo en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por esta razón tampoco resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado o porque permaneciera cierto tiempo en el RAIS, sin haber indicado inconformidad alguna.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia proferida el día diecinueve (19) de dos mil mayo (2022), por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

“TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el

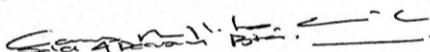
porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.”

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3b0a8013268b3878aad34b9fc1e204212a7a103673c127dc2e3925acf43f459f**

Documento generado en 31/03/2023 04:42:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por PEDRO JESÚS BERMUDEZ PARADA contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES. UGPP RAD. 110013105-011-2019-00143-01.

Auto

Retoma el poder otorgado la doctora Karina Vence Peláez como apoderada de la UGPP. Conforme documental allegada

En Bogotá D.C., con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta¹, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2022, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social -CPTSS-, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

I. ANTECEDENTES

El señor Pedro José Bermúdez Parada instauró demanda ordinaria laboral, contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP-, con el fin de que se declare tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reconocida mediante Resolución No. RDP 039411 del 28 de septiembre de 2018; en consecuencia, se reconozca y pague la suma de \$19.436.292, por concepto de indemnización sustitutiva, actualice con el IPC, y conforme a los parámetros del Decreto 1730 de 2001; se indexe los valores

¹ Pase a despacho 18/03/22

reconocidos, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: nació el 14 de febrero de 1955 (14/02/55), laboró para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en el cargo de ayudante de taller III, desde el 15/03/77 hasta el 31/12/93, y del 01/01/94 hasta el 30/06/94, aportes que fueron cancelados a Cajanal; que mediante la Resolución No. RDP 039411 del 28/09/18, la UGPP canceló indemnización sustitutiva en cuantía de \$5.897.162, pero no la liquidó conforme al Decreto 1730 de 2001; que el 24/10/18 solicitó la reliquidación de la referida indemnización sin obtener respuesta por parte de la accionada, demanda admitida en auto del 29/05/19 por el Juzgado -11- Laboral del Circuito de Bogotá.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP- contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones; argumentó que la indemnización sustitutiva de vejez fue reconocida al accionante, y liquidada en estricto cumplimiento del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y su Decreto reglamentario 1730 de 2001, estando por consiguiente ajustado a derecho. Propuso como excepciones las de «*inexistencia de las obligación*» y «*prescripción*». En auto del 6/09/19 se tuvo por contestada la demanda (*Expediente Digital: 001.P.OPedroJ.BemudezP.pdf, fls. 37 – 41, 59*).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme remisión del expediente por parte del Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que el señor Pedro Jesús Bermúdez Parada tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, reconocida por la demandada.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la UGPP.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, a pagar a favor del demandante Pedro Jesús Bermúdez Parada la suma de \$8.551.805, por concepto en la diferencia en cuanto al cálculo de la indemnización sustitutiva de pensión, suma que deberá ser debidamente indexada.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP de las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: CONSULTESE con el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.

SEXTO: CONDENAR en costas a la UGPP, fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en favor del demandante».

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que, sin bien la indemnización sustitutiva de vejez, fue reconocida, conforme a la normatividad señalada por la UGPP en la contestación de la demanda, no obstante, al realizar el computo de los aportes realizados por el actor, de acuerdo con la certificación de salarios generada por el Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, no se tuvo en cuenta el contenido de la casilla No.30 de dicho formato. Señaló que, bajo la facultad oficiosa de decretar pruebas, requirió el INVIAS Seccional Norte de Santander, que se certificara cada uno de los devengados por el actor en vigencia de la relación laboral que sostuvo el actor con el Ministerio de Obras y Transporte (fls 8 y 9), requerimiento atendido en los archivos 15 a 18 del expediente digital.

Indicó que, para liquidar los factores salariales del actor se debe tener cuenta el Decreto 1158 de 1994, artículo 1, que señala que el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 que establece: “Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos que por el presente decreto se incorporan, estará constituido por los siguientes factores: La asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando ésta sea factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y la bonificación por servicios”.

Conforme a lo anterior, y al verificar la liquidación efectuado por la UGPP y comparada con la efectuada por el despacho, se debió tener en cuenta todos los factores salariales certificados por INVIAS, para la base de cotización, esto es la prima de antigüedad, trabajo suplementario y horas extras, razón por la cual consideró procedente reliquidar la indemnización sustitutiva, y ordenar el pago de suma de \$8.551.805, por concepto de diferencia en cuanto al cálculo, valor que deberá ser indexada al momento de su pago. Absolvió del pago de los intereses moratorios, y declaró no probadas las excepciones propuestas por la UGPP.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si es procedente la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, otorgada al señor Pedro José Bermúdez Parada, en el que se tengan en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1730 de 2001.

II. CONSIDERACIONES.

Debe precisar la Sala, que no es objeto de controversia en esta instancia que el demandante prestó sus servicios al Ministerio de Obras Públicas y Transporte entre el 15 de marzo de 1977 al 31 de diciembre de 1993 y al Instituto Nacional de Vías del del 01 de enero de 1994 al 30 de junio de 1994 , desempeñando el cargo de “ayudante de taller II”, en calidad de trabajador oficial, lapso durante el cual se realizaron aportes a CAJANAL, aspectos que además de no haber sido objeto de discusión, se constatan de la certificación de información laboral expedida por el Instituto Nacional de Vías aportada en la demanda (Exp. Digital al índice 001. P.O.J.Bermúdez Pdf, Pág.22 a 30) y la requerida por el despacho al índice 15, 17 y 25 al Instituto Nacional de Vías.

Tampoco se controvierte en esta instancia que al actor le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de la UGPP mediante Resolución RDP09411 de 28 de septiembre de 2018, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$5.897.162 (pág. 10) por el tiempo laborado al servicio del Ministerio de Obras Públicas (1977 a 1994) y tomando como salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento actualizado anualmente con base en el IPC certificado por el DANE a la calenda de la solicitud.

Conforme lo anterior, resulta claro que, no es objeto de la litis determinar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentada por el artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, para hacerse acreedor el demandante de la indemnización sustitutiva, pues los mismos fueron encontrados satisfechos por la demandada UGPP en la Resolución No. RDP09411 de 28 de septiembre de 2018, debiendo únicamente estudiar esta Corporación, si el salario base utilizado para liquidar la prestación, se tuvo en cuenta todos los factores salariales que fueron devengados por el actor.

En ese orden, resulta pertinente memorar, lo previsto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, el cual preceptúa que para determinar el monto de esta prestación se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el mismo canon se indica:

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

Por su parte, frente al salario base de la liquidación el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, establece:

“Artículo 6: Base De Cotización Para Los Servidores Públicos. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo estará constituido por los siguientes factores:

- 1. La asignación básica mensual.*
- 2. Los gastos de representación.*
- 3. La prima técnica, cuando sea factor de salario.*
- 4. Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario.*
- 5. La remuneración por trabajo dominical o festivo.*
- 6. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.*
- 7. La bonificación por servicios prestados.”*

Siendo así las cosas, y de conformidad a normatividad traída a colación, debe efectuarse el cálculo de la indemnización por tratarse de las disposiciones vigentes y aplicables para la época en que se efectuó la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez -2018-, en virtud del principio de retrospectividad de la ley, por ello, los factores salariales que habrán de considerarse a efectos de liquidar la prestación, serán los regulados en el mentado artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, valga resaltar que, esta disposición no distingue el tiempo en que se prestó el servicio sino se refiere a los servidores incorporados al sistema general de pensiones.

Conforme lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, advierte la Sala, que en la liquidación efectuada por la demandada a efectos de reconocer la indemnización

sustitutiva, solo tomó el salario básico devengado por el accionante, no tuvo en cuenta factores salariales que se avizoran de la certificación de salario mes a mes “FORMATO 3 (B)” (folios 22 a 30 o el certificado allegado por el INVIAS al índice 15, 17 y 25), pues no incluyó en la sumatoria la casilla 30 “*otros factores salariales pagados en el mes*”, entendiéndose con ello conceptos como remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, prima de antigüedad.

Bajo las anteriores circunstancias, y analiza la documental allegada, en el expediente digital, se observa certificación electrónica de tiempos laborados, expedida por el Instituto Nacional de vías el 7 de septiembre de 2021, en el que constan los salarios devengados por Pedro Jesús Bermúdez Parada como trabajador del Ministerio de Obras Públicas y Transporte entre 1977 y 1994 según el Decreto 1158 de 1994 (al índice 0.15 Factores Salariales), por consiguiente, únicamente los factores salariales certificados por el Ministerio eran los que debían ser tomados en cuenta por la demandada a efectos de calcular la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez causada a favor de la convocante del juicio, por ser estos los que sirvieron de base a la entidad empleadora para efectuar las cotizaciones a CAJANAL.

Con base en lo discurrido, efectuados los cálculos de rigor con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el día de su reclamo –10 de julio de 2018, los salarios certificados a folio (al índice 0.15 Factores Salariales)., se obtuvo lo siguiente:

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1977	292	0,360	96,920	269,222	\$ 3.343,72	\$ 900.203,00	\$ 8.761.976,00
1978	365	0,470	96,920	206,213	\$ 4.755,53	\$ 980.651,00	\$ 11.931.254,00
1979	365	0,560	96,920	173,071	\$ 6.196,89	\$ 1.072.505,00	\$ 13.048.811,00
1980	366	0,720	96,920	134,611	\$ 7.866,93	\$ 1.058.976,00	\$ 12.919.507,00
1981	365	0,900	96,920	107,689	\$ 10.207,73	\$ 1.099.259,00	\$ 13.374.318,00
1982	365	1,140	96,920	85,018	\$ 15.058,10	\$ 1.280.203,00	\$ 15.575.803,00
1983	365	1,410	96,920	68,738	\$ 16.350,50	\$ 1.123.894,00	\$ 13.674.044,00
1984	365	1,650	96,920	58,739	\$ 21.499,71	\$ 1.262.880,00	\$ 15.365.040,00
1985	365	1,950	96,920	49,703	\$ 25.020,00	\$ 1.243.558,00	\$ 15.129.956,00
1986	365	2,380	96,920	40,723	\$ 30.960,00	\$ 1.260.774,00	\$ 15.339.417,00
1987	365	2,880	96,920	33,653	\$ 38.756,96	\$ 1.304.279,00	\$ 15.868.728,00

1988	366	3,580	96,920	27,073	\$ 47.700,00	1.291.364,00	\$ 15.754.641,00
1989	365	4,580	96,920	21,162	\$ 59.400,00	1.256.997,00	\$ 15.293.464,00
1990	365	5,780	96,920	16,768	\$ 81.301,64	1.363.279,00	\$ 16.586.561,00
1991	365	7,650	96,920	12,669	\$ 99.260,98	1.257.565,00	\$ 15.300.374,00
1992	366	9,700	96,920	9,992	\$ 124.149,38	1.240.470,00	\$ 15.133.734,00
1993	365	12,140	96,920	7,984	\$ 157.890,12	1.260.520,00	\$ 15.336.327,00
1994	180	14,890	96,920	6,509	\$ 189.369,94	1.232.622,00	\$ 7.395.732,00
Total días	6315	Total devengado actualizado a				2018	\$ 251.789.687
Semanas Cotizadas S.C.	902,14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 279.101,79
Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.						5,653%	
VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a						2018	\$ 14.233.605,00

Tabla Liquidación	
<i>Indemnización sustitutiva liquidada</i>	\$ 14. 233.605
<i>Indemnización sustitutiva otorgada</i>	\$ 5.897.162
Diferencia	\$ 8.336.443

Conforme a las operaciones aritméticas, se obtuvo un valor inferior al determinado por el juez *a quo* como indemnización sustitutiva, por tanto se modificará la cuantía establecida en primera instancia, como quiera el proceso está siendo estudiado en consulta a favor de UGPP

Resuelto lo anterior, es necesario estudiar en sede de consulta, el medio exceptivo denominado prescripción propuesta por la accionada, empero haberse reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el 28 de septiembre de 2008 y efectuado la reclamación administrativa el 22 de octubre de 2018 e interpuesto la demanda el 25 de febrero de 2019, se tiene como razón lo indicado por la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL4559 de 2019, que expresó al respecto:

“En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.”

Sobre este puntual aspecto, que el derecho a la indemnización sustitutiva, conforme lo expuesto, es imprescriptible y puede ser reclamada en cualquier tiempo, precisando que sobre las sumas que se ordenan pagar, no existía reconocimiento anterior de la demandada, pues este fue deficitario al valor que consideró la parte actora y que el a quo ordenó reconocer.

Ahora bien, frente a la indexación la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo la variación de los índices de precios al consumidor un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar, el que como se observa se liquidó al año 2018, debiendo completarse aquel valor resultante, desde aquel año al momento de pago. En consecuencia, al demandante le asiste el derecho a tal concepto, utilizando para ello la fórmula que viene usando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL2126-2022.

Bastan las anteriores consideraciones, para Modificar el ordinal tercero de la sentencia consultada. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar

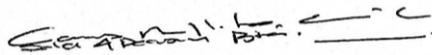
CONDENAR la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscales- UGPP a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al demandante y en consecuencia, pagar la diferencia entre la indemnización reconocida el 28 de septiembre de 2018 y la que realmente le corresponde, teniendo en cuenta como diferencia la suma de \$8.336.443, que deberá ser indexada a la fecha de su pago efectivo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

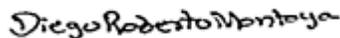
Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **55579251de5393499529679e7c25ba7ad8bed1dbfbc97b821e1f28dab61a77dc**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 014-2021-00202-01

Demandante: AMANDA DIAZ GARZON

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la doctora LUZ STHEPHANIE DIAZ TRUJILLO¹, como apoderada en sustitución de Colpensiones. El doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, reasume el poder conferido por Porvenir S.A.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta², la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá del veintiocho (28) de junio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

¹ identificada con la cédula de ciudadanía 1.026.268.663 de Bogotá D.C. y T.P. 325.263 del C.S de la J.

² Pase a Despacho 12/08/22

Amanda Diaz Garzón llamó a juicio la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Porvenir S.A., Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, gastos de administración; las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 11 de febrero de 1963; que, desde el 12 de enero de 1981 hasta el 31 de agosto de 1998, cotizó al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, en el mes de septiembre de 1998, fueron citados a la oficina de personal Aerorepública SA -CIA Colombiana de Aviación Copa Colombiana, para que firmaran formulario de afiliación para el traslado de Colpensiones al RAIS administrado por PORVENIR S.A., en dicho traslado no hubo ninguna asesoría, es decir, nunca proporcionaron una información necesaria, suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que conllevarían el cambio de traslado, solo se le indicó que en el fondo privado se podía pensionar a cualquier edad, y con una mejor mesada pensional; que solicitó ante Colpensiones y Porvenir S.A, el 03 de febrero de 2021, el traslado de régimen pensional, siendo negada dicha petición. (Exp Digt., al índice 07. SubsanaciónDemandapdf. 01 a 11).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indicó que, la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al haber suscrito de manera voluntaria y sin presiones su afiliación a la AFP PORVENIR S.A, en septiembre de 1998, mal se haría en declarar la ineficacia del contrato de afiliación, además se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito que llamo «*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*» «*Cobro de lo no debido*» «*Falta de causa para pedir*» «*Presunción de legalidad de los actos jurídicos*» «*Inexistencia de la obligación*» «*Prescripción*»

«Improcedencia del traslado de régimen del pensionado» «Innominada o genérica»³

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumentó para ello, que la afiliación realizada por la actora el 31 de agosto de 1998 fue producto de una decisión libre y voluntaria e informada tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «Prescripción», «Compensación» «Buena fe», «Inexistencia de la obligación» y «la genérica».⁴

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintiocho (28) de junio de dos mil dos (2022), resolvió en audiencia acumulada entre varios procesos y expresada en acta en forma individual:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora AMANDA DIAZ GARZON, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad por la AFP PORVENIR S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente afiliado la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES; a registrar en la historial laboral de la demandante los aportes que realizó en régimen de ahorro individual con solidaridad administrados por las AFP PORVENIR S.A.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADOS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

QUINTO: CONDENAR COSTAS de la acción a las partes demandadas [...].”

³ (12ConestaciónColpensiones pág. 1 a 24).

⁴ (15ConestaciónPorvenir pág. 1 a 28).

Señaló que, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este, clase de procesos la carga de la prueba, está en cabeza de los fondos privados, pues son estos los que tienen la obligación de brindar una información clara, completa y comprensible de las características de cada régimen, al momento del traslado. AFP Porvenir S.A., no cumplió con la carga de desvirtuar los hechos aducidos en el escrito de demanda. Encontró viable declarar la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, gastos de administración debidamente indexados. Frente a las excepciones propuestas por las accionadas las declaró no probadas. (Min 22.07)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación, argumentado, que no se está buscando la ineficacia de la afiliación con sustento en la falta del deber de información, sino por el incumplimiento de una mera expectativa pensional, circunstancia que no está contemplada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se vulneró el derecho a la libre elección de régimen pensional ante el Ministerio de Trabajo, sin que se vulnere el derecho a la libre selección, por el contrario se ratificó con el paso del tiempo la voluntad de permanecer dentro del RAIS. Respecto del deber de información se tiene establecido que este se estudia de acuerdo con el momento del traslado, por lo tanto, no se puede deducir una ineficacia por leyes posteriores a la vigente para este proceso.

Solo desde el 26 diciembre de 2014 por Ley 1748 de 2014, se tuvo obligación de aportar documentos y dar cuenta de información suministrada, siendo que cada asesoría era verbal por la normativa vigente, sin vulnerar derechos del demandante ni elección del régimen pensional. Solicitó se absuelva a la devolución de lo descontado por gastos de administración, que también existen en el RPM y no pertenecen a los demandantes, ni financian pensión de vejez, conceptos autorizados por la Superintendencia Financiera, conforme artículo 113 lit. b) de la Ley 100 de 1993 indica la devolución de cotizaciones y rendimientos, no los gastos de administración o valores diferentes a los mencionados, ya que ordenar el traslado de dichos conceptos es un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; gastos no forma parte integral de la pensión de vejez, luego están sujetos al fenómeno de la prescripción (al índice 27 min 41:47).

Colpensiones interpuso recurso de apelación, indicó que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, que su representada como tercero no puede verse afectado por lo acontecido por los demandantes y el fondo demandado,

por ello que no se le condene a recibir a los demandantes como sus afiliados, dado la afectación al equilibrio financiero y reservas pensionales, más si la AFP faltó al deber profesional sobre brindar información, por ello su representada sin tener injerencia en el negocio jurídico, debe ser absuelta al respecto (min 47:34).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora AMANDA DIAZ GARZON.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 11 de febrero de 1963 (11/02/1963) (al índice 3 pdf 36) ii) se afilió a Colpensiones el 12/01/1981, (Historia Laboral⁵) iii) Se afilió el 31/08/1998 al RAIS, a través de Porvenir S.A. (pág. 30 al índice 15).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda en línea, el 13/04/2021 (índice 05) tenía cumplidos 58 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones el 5/02/2021 (Pág. 27 al índice 03) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información.

Al respecto, en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trató el alcance de la

⁵ Índice 12 archivo: GRP-SCH-HL-2020_3419205-20200312111120

responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites “... *debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...*”, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele a la afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo).

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Doctrina que ha explicado que, si el asesor o promotor no cumple con lo expuesto, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En las más recientes providencias, la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado, en tres épocas, desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado de la actora, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, pues el formulario de afiliación, se

extiende al consentimiento simple, pero no infiere que fuera precedido del deber de información a cargo del administrador experto. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, se trata de una conclusión dentro del subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado, el que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Sin que la deficiencia de tal información en las condiciones que se fijan por la doctrina probable, se subsane por lo expuesto en interrogatorio de parte a la demandada. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme lo efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la señora Magda Patricia Hincapié hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 25 años, no implica necesariamente que se le haya dado

la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021. En la misma línea, con relación a los actos de relacionamiento, que invoca la recurrente como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que no puede entenderse que los posteriores traslados entre administradoras configuran un acto relacionamiento que demuestre la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, en sentencia CSJ SL 1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, se reiteró que ello no desvirtúa el hecho del incumplimiento frente al deber de información.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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, pues el traslado no corresponde únicamente por las cotizaciones netas sino, el giro tanto de rendimientos, como de la cotización completa, incluyendo las comisiones cobradas y seguros provisionales.

Razones expuestas que permiten concluir que lo sustentado en la apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, y de conformidad con lo expuesto se adicionará el ordinal segundo de la sentencia objeto de apelación en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el

porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a esa administradora, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles, no solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por esta razón tampoco resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado o porque permaneciera cierto tiempo en el RAIS, sin haber indicado inconformidad alguna.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia proferida el 28 de junio de 2022, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral Segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si

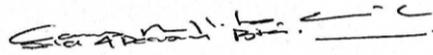
existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a esa administradora, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.”

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

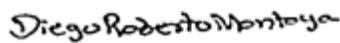
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **90d8596352a3835bb95d5e3e35d598546912bfaee37ac572f887d0a3e32eae7**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-022-2019-00384-01

Demandante: ALFREDO GÓMEZ MANRIQUE

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

AUTO

Se reconoce personería adjetiva, para actuar al Doctor Nicolás Ramírez Muñoz, como apoderado sustituto de Colpensiones. Igualmente, se reconoce personería para actuar al Doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, como apoderado sustituto de la AFP Porvenir S.A. – Conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá del tres (03) de noviembre de 2021. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alfredo Gómez Manrique llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.- y a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., para que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS-

¹ Pase despacho noviembre de 2021, devuelto al despacho origen, remitido nuevamente el 20/10/22

administrado actualmente por Porvenir S.A., por la indebida y nula información que suministraron los fondos privados. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante; se ordene a Colpensiones recibir sin solución de continuidad al actor y proceda actualizar y/o corregir la historia laboral, se indexen las sumas reconocidas, costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones en forma relevante, en indicar que nació el 25 de septiembre de 1957, que se vinculó en calidad de cotizante al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, que se trasladó del RPM administrado por Colpensiones a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías el 22 de julio de 1999, que la decisión del traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración, por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntariedad; fue inducido en error al suministrar información engañosa, incompleta y falsa; que posteriormente efectuó otro traslado dentro de las entidades administradoras pertenecientes al RAIS, esto es, el 2010 a Porvenir S.A; manifestó que fondos privados accionados le prometieron que se pensionaría a cualquier edad, que no le explicaron las ventajas y desventajas del traslado de régimen, no realizaron proyecciones de las prestación pensional en los dos regímenes; señaló que desde su afiliación al sistema general de pensiones ha cotizado más de 1650 semanas.

Agregó que, era obligación de los fondos privados informar del año de gracia que permitía a los afiliados trasladarse por una única vez antes del 28 de enero de 2004, tampoco advirtieron sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; que el 04 mayo de 2018, elevó solicitud a Porvenir SA solicitando el traslado de régimen pensional, el 12 de febrero de 2019 elevó derecho de petición a Colfondos S.A y el 04 de febrero de 2019 a Colpensiones; solicitando igualmente nulidad de traslado, peticiones que fueron negadas. (01ExpedienteDigital.Pdf 83 a 101)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones rechazó las pretensiones. En su defensa argumento que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a el actor se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre el constreñimiento o presiones indebidas, igualmente el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Formuló como excepciones de fondo las de «*descapitalización del sistema*» «*insistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida*» «*prescripción*» «*caducidad*» «*inexistencia de causal de nulidad*» «*saneamiento de la causal alegada*» «*no procedencia del pago de las costas*» e «*innominada o genérica*»²

² (02 ContestacionDemandaColpensiones Pdf: «1 a 39»)

Por su parte, Porvenir S.A. solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que la decisión se hizo en forma consiente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha. La circunstancia de que conste en un formulario previamente impreso no le resta validez a lo manifestado, ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad del demandante. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción», «Prescripción de la acción de nulidad» «Buena fe», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»³.

Por último, Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones, indicó que la afiliación del accionante se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administrara sus aportes, siendo el RAIS su elección; los asesores comerciales brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su traslado horizontal y le explicaron las características del RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de «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 SA», «Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «Compensación y pago»⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del tres (03) de noviembre de dos mil veintiunos (2021), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el Alfredo Gómez Manrique C.C (...), al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 22 de julio de 1999, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA, fondo al que se encuentra afiliado el señor Alfredo Gómez Martínez C.C (...), a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones- los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedaron explicado en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS SA y PORVENIR SA a remitir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los dineros que recaudó por conceptos de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedo explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

³ (04ContestacionPorvenir Pdf: «1 a 23»)

⁴ 04ContestacionColfondos Pdf: «1 a 17»)

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una. [...]” En audio se corrige apellido del demandante en numeral primero

Señaló que, el accionante se trasladó de Colpensiones al RAIS administrado por Colfondos el 22 de julio 1999, y posteriormente traslado horizontal de Colfondos a Porvenir S.A., el 08 de febrero de 2010, bajo esa perspectiva la carga de la prueba le asiste a Colfondos S.A., demostrar que tipo de información le brindó al actor al momento del traslado, si fue veraz y comprendió las consecuencias negativas del cambio de régimen; no se encontró acreditado que ninguna de las administradoras que fueron convocadas a juicio cumplieron con el deber de información de poner en conocimiento las características y como se aplican en cada régimen. Señaló que los formularios que obran en el plenario son formatos donde no se puede avizorar la información idónea, transparente y veraz dada al actor. Por tanto, que al declarar la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las cosas debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, con el traslado de todos los valores con rendimientos, bonos, sumas adicionales y gastos de administración. Frente a la excepción de prescripción, no prosperó por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible. (al índice 10. Min 44:51)

III. RECURSO DE APELACIÓN

En nombre de Porvenir S.A. se interpuso recurso de apelación. Como sustentó se frente a la falta al deber de información no se acreditó conducta dolosa o engaño, que el demandante, en el interrogatorio de parte, manifestó que suscribió de manera libre y voluntaria cada uno de los formularios de traslado y posterior a Porvenir; se debe analizar, la firma libre y voluntaria de los formularios de afiliación y el contenido de los mismos, en especial el de Porvenir, el cual da cuenta de aspectos importantes y es que, el demandante reciba asesoría relacionada con el régimen de transición, incluso, el formulario explica que también se recibe una asesoría relacionada con los requisitos de la causación de la pensión en cada uno de los regímenes. Demandante que en respuesta indica que realiza aportes voluntarios como acto que supone conocimiento de este Régimen, también es importante tener en cuenta que no presentó algún tipo de retracto en vigencia del tiempo que estuvo afiliado, pues el mismo lo hace hasta el 2018, por lo tanto, se supone que le demandante quería y quiso permanecer en este régimen. Demandante que tenía obligación de informarse de su aspecto pensional, además que se explicó que los asesores se acercaron a él, pero no concuerda con la demanda cuando se indica que fue por la empresa donde laboraba que se dio el traslado. Agregó que, no hay que dejar de lado los actos de relacionamiento, los que se encuentran acreditados en el proceso, el primero de los traslados horizontales entre AFP y el segundo es que, si el hecho generador del traslado del demandante al régimen de ahorro individual era la inminente quiebra del ISS, pues lo cierto es que el demandante tuvo mucho tiempo para devolverse a COLPENSIONES o solicitar su traslado, lo cual supone un acto de convalidación de querer permanecer en este régimen. Sin esperar que las normas, Decreto 2555 de 2010, 2071 de 2015, Ley 1748 de 2015, que regulan la información para el traslado, se apliquen retroactivamente sobre afiliaciones de los años noventa. Finalmente, en relación con la condena de los gastos de representación, se deja desconoce la naturaleza jurídica de la AFP, que tiene que cobrar unos gastos de administración por toda la gestión que realizó en relación con

el cuidado y custodia de los dineros que el demandante aportó a su cuenta de ahorro individual, razón por la cual condenar por este concepto, genera un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES como quiera que realmente no realizó ningún tipo de gestión de los dineros aportados a la cuenta de ahorro individual, lo que trae como consecuencia un correlativo empobrecimiento en el patrimonio de AFP y un desequilibrio en el sistema financiero (min. 0:51:03).

Por último, Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación en el que solicitó revocar la decisión de primera instancia teniendo, las circunstancias que rodearon el traslado, más allá de no ser las establecidas por la ley, además de ser obligaciones atemporales (porque fueron creadas con posterioridad al traslado), el demandante confesó haber hecho esa afiliación de manera libre y voluntaria por la situaciones del contexto de la época del traslado, es decir, las circunstancias por las que él permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad son totalmente legales, razón por la cual la ineficacia del traslado no opera en el presente caso. Señala que *“ el precepto normativo del artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal “L” del artículo 13 de la ley 100 de 1993 no se aplica porque en el presente caso se está declarando una ineficacia del traslado, pues no es menos cierto que este no es un término prescriptivo extintivo no se quiere prescribir o extinguir un derecho del demandante, ya que como quiera que cumpla con los requisitos de ley será pensionado por vejez, es decir, en este caso más allá de que se haya decretado o no la ineficacia ningún derecho pensional se está coartando, se prescribirá o extinguirá con la aplicabilidad de este precepto, razón por la cual no es de acogida este argumento por parte de este apoderado judicial»*. Sin compartir que el proceso se adelante por el actor sin poderse conocer las mesadas pensionales en cada régimen, que contraria la doctrina sobre no prever la desmotivación por la mesada pensional, pues este valor no se conoce (min. 1:00:39).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor Alfredo Gómez Manrique del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 25 de septiembre de 1957 (al índice 01 pdf, 5); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 26 de noviembre de 1984 hasta agosto de 1999 (al índice 03. Pdf 130; iii) el 22 de julio del año 1999 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A (Fl. 23 índice 06); así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 08 de febrero de 2010 a Porvenir S.A., desde Colfondos S.A (al índice 04. Pdf. 57).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese

entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 04/06/2019 (índice 01, Pdf. 102) tenía cumplidos 61 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 03, Pdf 39) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende el actor la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en

tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado del actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado que no sule el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que el accionante hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C. que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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.

Razones expuestas que permiten concluir que los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 03 de noviembre de 2021.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. Aunque la *a quo* así lo dictaminó, es de tener en cuenta como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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” (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia recurrida, en el sentido de ordenar a los fondos privados accionados a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día tres (03) de noviembre de dos mil veintiunos (2021). es donde es demandante el señor ALFREDO GÓMEZ MANRIQUE y demandadas ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

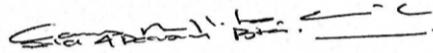
“ORDENAR a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esas administradoras y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.”

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

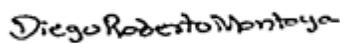
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2f065e0528b563136f4bb6e2b060fa543d51c2490c41a069bcdb88c2ca72a781**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 027-2019-00756-01

Demandante: ROSARIO PRIETO RUEDA
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, Y LA
ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS
COLFONDOS S.A.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación¹ interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá del once (11) de agosto de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La señora Rosario Prieto Rueda llamó a juicio Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colfondos S.A., para que se declare que nulo el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Colfondos S.A.,

¹ Pase a despacho 22/08/2022

y sus posteriores traslados, Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causados hasta la fecha en la cual se realice el traslado; y a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 11 de febrero de 1967; que se afilió el 26 de septiembre de 1988 al 30 de noviembre de 1991 al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, el día 13 de agosto de 1994 sin ser advertida de sus consecuencias económicas, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través del fondo de pensiones Colfondos con formulario No. 340865, no le hizo proyecciones futuras de su pensiones con las hipótesis que podría surgir en cada una de los regímenes pensionales; no se le asesoró eficazmente, ni de manera rigurosa, transparente, adecuada, completa con diligencia, prudencia de las ventajas y desventajas con respecto a la decisión del traslado; que se trasladó horizontalmente de Colfondos a la Administradora de pensiones Colmena A.I.G en septiembre de 1995 y luego el 24 de septiembre de 1997 a Porvenir S.A, que en los traslados existió ausencia de consentimiento informado, pleno y oportuno al existir falencia en la información efectuada; que ha cotizado más de 1.106 semanas al sistema pensional; que solicitó a la AFP PORVENIR S.A., simulación pensional la cual fue expedida el 27 de junio de 2019, con valores diferentes en cada régimen, en contra de la actora de permanecer en el RAIS, lo que informado sobre tal proporción de diferencia no habría efectuado el traslado; que solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, empero le fue negada dicha petición. (01ExpedienteEscaneado pdf. 01 a 31).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS es completamente válido, por cuanto brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual los distintos traslados posteriores a Porvenir y a Protección revisten validez, razón por la cual sería improcedente negar dichas afiliaciones y declarar la nulidad del traslado. Formuló como excepciones de mérito «Prescripción», «prescripción de la acción» «Buena fe», «cobro de no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación».²

² (04ConestaciónPorvenir pág. 1 a 26).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; indicó que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS es completamente válido, sin prueba que se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información o que exista algún vicio del consentimiento. formuló como excepciones de mérito *«Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código civil», «Ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento.»*, *«Descapitalización del sistema pensional»* *«Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida»*, *«Prescripción de la acción laboral»* *«Caducidad»* *«Inexistencia de causal de nulidad»*, *«Saneamiento de la nulidad alegada»*, *«No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público»* e *«innominada o genérica»*³

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, manifestó que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el formulario de vinculación que suscribió la actora se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generan derechos y obligaciones. Formuló como excepciones de mérito: *«Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir»*, *«Buena Fe»*, *«Prescripción»* *«Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones»*, *«Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.»*, *«Traslado de aportes»*, *«Aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto»* *«innominada o genérica»*.⁴

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS indicó que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria e informada, esto teniendo en cuenta que se le ofreció a la actora toda la asesoría especializada e idónea por parte del promotor comercial. Formuló como excepciones: *«Buena fe»*, *«Falta de legitimación en la causa»* *«Inexistencia de la obligación»*, *«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»* y *«excepción genérica»*⁵.

³ (05ConestaciónColpensiones pág. 1 a 43).

⁴ (06ContestacionProtección Págs. 1 a 24)

⁵ (08ConestacionColfondos págs. a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día once (11) de agosto de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ROSARIO PRIETO RUEDA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A, PENSIONES Y CESANTIAS efectuado el 13 de agosto de 1994 y los que posteriormente efectuó a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 28 de agosto de 1995 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A el 24 de septiembre de 1997, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ROSARIO PRIETO RUEDA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni prima de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora ROSARIO PRIETO RUEDA al régimen de prima media con prestación definida y recibir las sumas provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, la SOCIEDAD AMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS por existir actos de relacionamiento, formuladas por COLPENSIONES, las de prescripción inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación o pago formuladas por COLFONDOS S.A (...).

SEXTO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS, PROTECCION S.A., y PORVENIR S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante. [...].”

Señaló que no se cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante, como lo ha dejado claro la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que le haya informado sobre beneficios de trasladarse de régimen ni mucho menos de sus desventajas, la única prueba de la administradora demandada con la que pretendió demostrar la debida información a la actora, es el formulario de afiliación, empero con ello, no se puede mostrar los términos en que se realizó la asesoría, no es prueba del consentimiento informado; esa carga probatoria tampoco la suplió la AFP Protección S.A ni Porvenir S.A, al momento del traslado de la accionante y permanecer en este, no le explicaron las características de cada régimen pensional. Por tanto, declaró la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, sumas adicionales. Frente a las excepciones propuestas por las accionadas las declaró no probadas. (Min 1:00:00)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, argumenta que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó al RAIS, y los posteriores traslados horizontales, pues la decisión tomada por la parte actora fue libre, voluntaria y sin presiones o apremios, suscribió el formulario de

afiliación, los cuales cumplía con los requisitos de ley aprobado por la entonces superintendencia bancaria, y segundo manifestó que lo hacía de forma completamente voluntaria y libre. Sin que su representada interviniera en el traslado y recibió un traslado horizontal. En lo que respecta a la condena de devolver rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia *ex tunc* en unos sentidos y en otros no, ya que la aplicación devolucón de estos conceptos tal y como manifiesta la H. Corte Suprema de Justicia es “*declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás*”, en ese sentido, se tendría que los frutos obtenidos de la cuenta de ahorro individual no se generaron, es decir, los rendimientos financieros, al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una condición diferente de la que se encontraría si fuera parte del RPMPD, dado que recibiría dineros que no se generarían en este régimen pensional en contravención al artículo 897 del Código de Comercio.

En lo que respecta a restituciones mutuas actuó como agente de oficio involuntario respecto de Colpensiones, según artículos 2304 y 2310, y luego declarada la ineficacia entrega rendimientos superiores por los aportes gestionados por Colpensiones, por ello se esperaría el reembolso de utilidad efectiva se traduce en que solo estaría obligada a entregar aportes obtenidas por esa entidad. De los gastos de administración, indicó que, dichos montos tienen por mandato legal -artículo 20 de la Ley 100 de 1993-, una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su cometido en el periodo en cual la demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual, desde 1997, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley, y no se encuentran ya en poder de mi representada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta de la demandante. En línea con todo lo señalado anteriormente, la devolución de los gastos de administración, resulta improcedente de acuerdo con lo preceptuado por la Superfinanciera, entidad encargada de vigilar a las AFP, y que cuenta dentro de sus facultades la de emitir conceptos doctrinales respecto de lo temas de su competencia, al señalar dicho ente, que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego, incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordena la ineficacia del traslado, consideramos, entonces, que existiendo una norma que regula la situación, no se ve ninguna razón para apartarse de ella e incluir conceptos que no contiene que por razones lógicas no pueden trasladarse; asimismo, en lo que respecta a la devolución de los porcentajes de los seguros de invalidez y sobrevivencia, estos dineros fueron trasladados

a la respectiva aseguradora contratadas por PORVENIR, y con los cuales la demandante tuvo cobertura durante toda la afiliación, es decir, cumplieron con la finalidad de la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos. (al índice 17 AudienciaArtículo77y80 min. 1:21:34).

Colpensiones interpuso recurso de apelación, indicó que el formulario de afiliación y traslado firmado por la demandante fue suscrito, bajo la gravedad de juramento, se encuentra la manifestación expresa que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad, por tanto, las afiliaciones, se realizaron con el lleno de los requisitos legales, sin manifestar su deseo de retractarse, razón por la cual no se puede ordenar el regreso automático al RPMPD. No obra prueba alguna de supuesto engaño o presencia de algún vicio del consentimiento. En el formulario de afiliación se encuentra que se realizó libre de apremios y con su propia voluntad, no obra anotación en este de nota de protesto que permitiera inferir con probabilidad de certeza inconformidad por parte del accionante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, ni prueba de error, tampoco causal de nulidad, actora que no indicó antes retracto de afiliación, durante 27 años. Cabe advertir que, a la demandante le correspondía probar hechos en donde alegaba el engaño por parte la de AFP, no obstante, tal prueba está ausente. COLPENSIONES siempre estuvo sujeto a los lineamientos plasmados en sentencias C 789 del 2022, SU 062 de 2010, SU 130 de 2011, entre otras, que han tratado este tema, y por ende se puede afirmar que la demandante no tiene derecho a regresar al régimen de prima media, así como tampoco el traslado de todos los aportes, bonos pensiones, frutos e intereses entre otros conceptos, tampoco vicios del consentimiento, ni error, tampoco nulidad. (min. 1:27:38).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora ROSARIO PRIETO RUEDA del RPMPD al RAIS.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 11 de febrero de 1967 (al índice 01 pdf 43 a 44) ii) se afilió a Colpensiones el 26 de septiembre 1988, según hecho 3, al índice 05 en la historia laboral aportada por Colpensiones concuerda en la fecha de afiliación, pero sin cotizaciones,

documentalmente no puede indicarse que no existiera reporte de afiliación en el RPMPD anterior a la afiliación al RAIS a nombre de la ciudadana demandante, ya que en el reporte de semanas cotizadas por Porvenir desde 26/09/1988 reporta días cotizados por historia laboral en el Sistema de Bonos Pensionales por empleadores privados (al índice 04 pág. 28), aunado iii) Se afilió el 13 de agosto de 1994 al RAIS, a través de la Colfondos S.A. (pág. 45, al índice 0.1), así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 28 de agosto de 1995 a Colmena S.A., desde Colfondos S.A (al índice 06. Pdf. 32). iv) el 24 de septiembre 1997 desde Colmena a Porvenir S.A (al índice 1. Pdf. 51).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 25/11/2019 (índice 01 pdf 88) tenía 52 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir S.A., y Colpensiones (fls. 83 a 87 índice 01) cuando ya había superado la edad de los 47 años, limite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo en error a la demandante, sin haber documentado aquella AFP los efectos del traslado.

Al respecto, en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trató el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites “... *debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...*”, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele a la afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo).

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado de la actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, pues el formulario de afiliación, se extiende al consentimiento simple, pero no infiere que fuera precedido del deber de información a cargo del administrado experto. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Lo planteado por la Máxima Corporación en esta especialidad concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado, el que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme lo efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así se asentó en sentencia CSJ SL5188-2021. Con relación a los actos de relacionamiento, que invoca la recurrente como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que no puede entenderse que los posteriores traslados entre administradoras configuran un acto relacionamiento que demuestre la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, en sentencia CSJ SL 1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, se reiteró que ello no desvirtúa el hecho del incumplimiento frente al deber de información.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, sin perjuicio alguno para el afiliado

y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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, pues pese que la demandante, pueda acercarse a la edad mínima pensional, el traslado no corresponde únicamente por las cotizaciones netas y bajo tal postulado, pese la inconformidad de Porvenir S.A., se explica el giro tanto de rendimientos, como de la cotización completa, incluyendo las comisiones cobradas y seguros provisionales.

Razones expuestas que permiten concluir que lo sustentado en la apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 11 de agosto de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que la

demandante estuvo afiliada a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, 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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida, que, si bien menciona los anteriores conceptos, no así respecto de la indexación de estos, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

Asimismo, y de conformidad con lo expuesto se adicionará el ordinal tercero de la sentencia objeto de apelación en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y a Colfondos S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles, no solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en si mismo en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por esta razón tampoco resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado o porque permaneciera cierto tiempo en el RAIS, sin haber indicado inconformidad alguna.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia proferida el día once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ROSARIO PRIETO RUEDA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni prima de seguros previsionales, conceptos que deberán ser indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

TERCERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

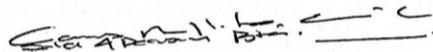
“TERCERO:CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes que a nombre de la actora que existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.”

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **64901b95bb9061e867976bec4c0a4730f9b1135b41353903abc7a1d0fb9cc56e**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-027-2020-00234-01

Demandante: MARÍA EUGENIA TIBASOSA GIL
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, Y
LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá del siete (07) de septiembre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La señora María Eugenia Tibasosa llamó a juicio Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y Colfondos S.A., para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Protección S.A., y sus posteriores traslados, Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Colfondos

¹ Pase a despacho 23/09/2022

S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causados hasta la fecha en la cual se realice el traslado; y a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 04 de octubre de 1961; que se afilió al ISS desde el 12 de septiembre de 1979 a 1999, también a la Caja de Previsión del Distrito FONCEP de enero de 1994 a diciembre de 1995, Expuso que, en el mes de diciembre de 1999 sin ser advertida de sus consecuencias económicas, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección, que no se le informó cuales eran los requisitos para acceder a la pensión, ni la proyección de la mesada pensional, las ventajas y desventajas con respecto a la decisión del traslado; posteriormente en el 2000, se trasladó horizontalmente de Protección S.A., a la AFP Colfondos S.A., no se le informó de las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen, no aconsejaron o desestimularon el traslado, aun cuando esta tenía régimen de transición y eventual pérdida de los beneficios convencionales; que el 12 de noviembre de 2019 radicó ante Colfondos solicitud de traslado de régimen, el 12 de mayo de 2020, a Protección S.A., y el 13 de noviembre de 2019 a Colpensiones, peticiones que fueron negadas por dichas entidades (01demanda pdf. 01 a 20).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS indicó que la afiliación es completamente válida y obró de acuerdo con los parámetros establecidos en la ley, manifestó que, si se considera viable ordenar el traslado, solo procede trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, toda vez que no existen valores adicionales por concepto de bonos pensionales. Formuló como excepciones de mérito: «Buena fe», «Compensación y pago» e «Innominada o genérica»².

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; indicó que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS es completamente válido, Sin que la accionante hiciera uso del derecho de retracto. Formuló como excepciones de mérito «Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código civil», «Descapitalización del sistema pensional», «Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción de la acción laboral», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de

² (08ConestacionColfondos pags 1 a 12).

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica»³

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, manifestó que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el formulario de vinculación que suscribió la actora se realizó de forma libre, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generan derechos y obligaciones. Formuló como excepciones de mérito: *«Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir», «Buena Fe», «Falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal», «Aprovechamiento de los recursos públicos y del sistema de pensiones», «Prescripción», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «innominada o genérica».*⁴

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día siete (07) de septiembre de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARÍA EUGENIA TIBASOSA GIL del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A efectuado el 28 de octubre de 1999 y los que posteriormente efectuó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS., el 09 de agosto de 2000, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA EUGENIA TIBABOSA GIL, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni prima de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras

³ (11ConestaciónColpensiones pág. 1 a 41).

⁴ (12ContestacionProtección Págs. 1 a 34)

estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora MARIA EUGENIA TIBABOSA GIL, al régimen de prima media con prestación definida y recibir las sumas provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, la SOCIEDAD AMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS por existir actos de relacionamiento, formuladas por COLPENSIONES, las de buena fe, compensación y pago formuladas por COLFONDOS S.A y las de prescripción inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y ratificación de pertenecer al RAIS al firmar el formato de afiliación con varios AFP de acuerdo a la SL 3752, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, formulados por PROTECCIÓN, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. (...).

SEXTO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS, PROTECCION S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante. [...].”

Para arribar a la anterior determinación, indico las AFP no cumplieron con su carga probatoria de acreditar la correcta y la completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la que la administradora demandada pretende demostrar la debida información otorgada a la señora María Eugenia es con la suscripción del formulario de afiliación, con lo cual no es posible determinar los términos

de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor; por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba el consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al régimen de ahorro individual como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral, esa carga probatoria tampoco la suplió Colfondos S.A. (24AudioMin 36:26)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, indicó que recibir a la accionante en el régimen de prima media trae consigo una descapitalización del sistema, según la prohibición de traslado; la demandante dejó de estar vinculada en el régimen de prima media desde 1999, razón por la cual en los cálculos que se efectúa para reconocer cuales son unas posibles mesadas pensionales de sus afiliados, la demandante por obvias razones no fue tenida en cuenta, ahora bien, se ordena que la actora retorne al régimen de prima media para que claramente a futuro sea Colpensiones quien le otorgue una prestación pensional, pero no se hace un análisis en cómo se verá afectado este sistema de reparto, se ordena una devolución de manera indexada pero la misma no resulta ser suficiente, ya que, las cotizaciones de la demandante no van a ir a una cuenta de ahorros individual de la demandante, van a ir es a un fondo común, son los nuevos afiliados dentro del régimen de prima media los que entrarían con sus cotizaciones a financiar las prestaciones de quienes ya están a puertas de adquirir este estatus pensional, ya que futuro se pregunta cómo se financia la pensión de la demandante (min. 49:38).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora MARIA EUGENIA TIBASOSA GIL.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 04 de octubre de 1961 (al índice 06 pdf 47) ii) se afilió a Colpensiones el 12 septiembre de 1979, según índice 06 en la historia laboral págs. 49 iii) Se afilió el 01 de diciembre de 1999 al RAIS, a través de la Protección S.A. (pág. 36, al índice 0.6), así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 09 de agosto de 2000 a Colfondos S.A., desde Protección S.A (al índice 08. Pdf. 89).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 05/08/2020 (índice 03 pdf 01) tenía cumplidos 58 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a las accionadas (fls. 3 a 24 índice 06) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo en error a la demandante, sin haber documentado aquella AFP los efectos del traslado.

Al respecto, en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trató el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites “... *debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...*”, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele a la afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo).

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor

le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado de la actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, pues el formulario de afiliación, se extiende al consentimiento simple, pero no infiere que fuera precedido del deber de información a cargo del administrado experto. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Lo planteado por la Máxima Corporación en esta especialidad concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades

administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado, el que no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme lo efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así se asentó en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la

financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Por lo anterior la decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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, pues pese que la demandante, pueda acercarse a la edad mínima pensional, el traslado no corresponde únicamente por las cotizaciones netas, sino que comprende los rendimientos, incluyendo las comisiones cobradas y seguros provisionales.

Razones expuestas que permiten concluir que lo sustentado en la apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, las anteriores razones, que informan también el grado jurisdiccional de consulta, llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 07 de septiembre de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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” (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida, que, si bien menciona los anteriores conceptos, no así respecto de la indexación de los mismos, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

Asimismo, y de conformidad con lo expuesto se adicionará el ordinal tercero de la sentencia objeto de apelación en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles, no solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que

afecta el negocio jurídico en si mismo en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por esta razón tampoco resulta oponible la limitación de traslado por edad de un afiliado o porque permaneciera cierto tiempo en el RAIS, sin haber indicado inconformidad alguna.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia proferida el día once (07) de siete de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

“SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA EUGENIA TIBABOSA GIL, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni prima de seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen”

TERCERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

“TERCERO:CONDENAR A la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a transferir a la

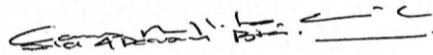
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.”

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bb4d0d6e4ca7ad202d2b941db3d1aef7706ea56428e35aa119f6ae19f31ef70f**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 029-2022-00060-01

Demandante: JORGE HUMBERTO FRANCO RUGELES
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

31 de marzo de 2023

Auto

Se reconoce personería adjetiva a la doctora ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ, como apoderada de Porvenir S.A. Obra como apodera en sustitución de Colpensiones la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES. Conforme documental allegada.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá del diecinueve (19) de agosto de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

¹ Pase a Despacho 2/09/2022

El señor Jorge Humberto Franco Rúgeles llamó a juicio Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Porvenir S.A., Siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, así como los rendimientos y demás sumas causadas a su favor; se ordene a Colpensiones contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizaciones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el día 10 septiembre de 1956; que se afilió en abril de 1978 al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones. Expuso que, en septiembre de 1994 se trasladó a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A, que no fue asesorado e informado por la AFP de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios y desventajas o inconvenientes de este régimen y en general las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos pensionales, condiciones que debían tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional; que ha cotizado 1.019 semanas al sistema pensional; que solicitó el 10 de noviembre de 2021 a la AFP PORVENIR S.A., y a Colpensiones el traslado de régimen, empero le fue negada dicha petición. (01ExpedienteEscaneado pdf. 01 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; indicó que el traslado de régimen efectuado por el demandante, no carece de los elementos necesarios exigidos por la ley, en razón que no se probó causal alguna que la afiliación ante Porvenir S.A. es nula o ineficaz, teniendo en cuenta que el traslado cumple con los presupuesto legales para su existencia ante la vida jurídica, por lo cual no se infringe la norma y no procede lo pretendido, así mismo, el actor ejerció su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito, las que llamo «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos»²

² (06ConestaciónColpensiones pág. 1 a 18).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido, por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «Prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «Buena fe», «Cobro de no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación».³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecinueve (19) de agosto de dos mil dos (2022), resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado pensional que hiciera el señor JORGE HUMBERTO FRANCO RUGELES identificado con (...) realizada ante Pensiones y Cesantías Colpatria hoy Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, fecha de solicitud 21 de septiembre de 1994 inicio de efectividad 01 de octubre de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JORGE HUMBERTO FFRANCO RUGELES, como cotizaciones, rendimientos y descuento con destino al fondo de garantía de pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD AMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y descuentos con destino al fondo de garantía mínima, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

³ (07ConestaciónPorvenir pág. 1 a 25).

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS»

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, En precisión solicitó se ordene el traslado de los recursos correspondientes, incluyendo los porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración. (al índice 13 min. 1:27:38).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor Jorge Humberto Franco Rúgeles del RPMPD al RAIS.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 10 de septiembre de 1956 (al índice 01 pdf 26 a 25) ii) Con cotizaciones al ISS desde el 1/04/1978, según índice 09 expediente administrativo aportada por Colpensiones -GEN-REQ-IN-2022_3953519-20220408014946- aunque indica afiliación 23/03/1995 contabiliza semanas cotizadas desde 1978 iii) Se afilió el 01 de septiembre de 1994 al RAIS, a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. (pág. 57, al índice 0.7).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 22/02/2022 (índice 02) tenía cumplidos 65 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir S.A., y Colpensiones (fls. 37- 47 índice 01) cuando ya había superado la edad de los 57 años, límite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo en error al demandante, sin haber documentado aquella AFP los efectos del traslado.

Al respecto, en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trató el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites “... *debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...*”, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele a la afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo).

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado del actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario, pues el formulario de afiliación, se extiende al consentimiento simple, pero no infiere que fuera precedido del deber de información a cargo del administrado experto. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Lo planteado por la Máxima Corporación en esta especialidad concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado, el que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la

conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme lo efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así se asentó en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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, pues pese que la demandante, pueda acercarse a la edad mínima pensional, el traslado no corresponde únicamente por las cotizaciones netas y bajo tal postulado, pese la inconformidad de Porvenir S.A., se explica el giro tanto de rendimientos, como de la cotización completa, incluyendo las comisiones cobradas y seguros provisionales.

Razones expuestas que permiten concluir que lo sustentado en la apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y

sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 19 de agosto de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia objeto de apelación en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a transferir a la Administradora

Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles, no solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en si mismo en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por esta razón tampoco resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado o porque permaneciera cierto tiempo en el RAIS, sin haber indicado inconformidad alguna.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia proferida el día diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores

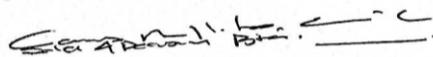
que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JOSE HUMBERTO FRANCO RUGELES, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni prima de seguros previsionales, conceptos que deberán ser indexados, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.”

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

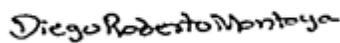
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bd5c76b58aa9b76a069d591a242a1b88de15d3a05bcd3799e2108bbaabd8502d**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 030-2020-00019-01

Demandante: DANIEL SARAVIA HENAO
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá del diecisiete (17) de mayo de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Daniel Saravia Henao llamó a juicio Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declarare que es nulo el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Porvenir S.A., y sus posteriores traslados si los hubiera; siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, junto con sus rendimientos, frutos e intereses como también

¹ 16/09/22 pase despacho

los gastos administración las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que cotizó para los riesgos de IVM en el ISS hoy Colpensiones, desde el 30 de marzo de 1994 hasta el 30 de abril de 2004; que a partir de mayo de 2005 fue trasladado sin información libre de consentimiento desde RAIS a la AFP Porvenir, entidad a la cual continuó cotizando; que mediante derecho de petición radicado el 15 de enero de 2019, solicitó a Porvenir SA la documentación relativa al traslado, las constancias de los cálculos efectuados, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que se había informado el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003, para poder regresar al RPM; que el 08 de febrero de 2019 radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad del traslado, la cual fue contestada indicando que era improcedente dar trámite a la solicitud. Agregó que el traslado de régimen pensional, no se surtió en debida forma, pues no se le proporcionó las respectivas ilustraciones y/o información propia que debe proveerse a un individuo previo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, tales como las implicaciones que conllevan, los cálculos y proyecciones. Finalmente, indicó que el fondo privado no cumplió con los requisitos previstos para el traslado de régimen, no acredita el consentimiento informado, libre, espontáneo. (00ExpedienteEscaneado pdf. 55 a 65).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; indicó que obra dentro del expediente existen medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de mérito, las que llamo «prescripción», «*validez de la afiliación al régimen de ahorro individual*» «*inexistencia del derecho y de la obligación*», «*falta de causa para pedir*» «*buena fe*» e «*innominada o genérica*»²

Mediante auto, adiado el 10 de mayo de 2022, el juez de primera instancia tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A.³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2022), resolvió:

² (09ConestaciónColpensiones pág. 1 a 11).

³ (27Tienexconestada pág. 1 a 3).

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor DANIEL SARAIVIA HENAO identificado (...), del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a partir del 01 de mayo de 2004, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado al demandante señor DANIEL SARAIVIA HENAO al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1 de mayo de 2004 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Ordénese a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: Declárese no probadas las excepciones planteadas por la accionada Colpensiones, conforme a lo expuesto.

SEXTO: Condenar en costas de esta instancia a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, por secretaria líquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de tres millones seiscientos mil pesos \$3.600.000 a favor del demandante.

SEPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones [...]” (en audio con condena en costas a Porvenir S.A.)

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación, argumentando que luego de un estudio y análisis de los casos de ineficacia las sentencias condenatorias en las que se ordena a Colpensiones a recibir al afiliado, se imparte una justicia incompleta o parcialmente desacertada ya que reconoce derecho del afiliado al retornar al régimen de prima media pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de Colpensiones quien se ve obligado a aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral, y reconocer la prestación pensional cuando se cumplen los requisitos del afiliado, es decir, se podría decir que Colpensiones estaría siendo condenado por un hecho que no cometió, o mejor dicho sin que exista una causa generadora que pruebe o que indique que Colpensiones fue el causante del traslado y de la falta de información al momento de la afiliación al RAIS, por consiguiente no se debe condenar a recibir los aportes a la cuenta de ahorro individual por existir otra forma de reestablecer los derechos al demandante sin que se afecte a la entidad. Por lo tanto, se solicita que la sentencia se modifique de la siguiente manera; si se confirma en segunda instancia que existió omisión en la falta de información a la AFP Porvenir se condene a este como excepción a la norma y que este por vía de mandato judicial a que trate la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media, incluyendo para el reconocimiento de su pensión. El presente fundamento tiene una función primordial y extraordinaria de proteger efectivamente los dineros que se encuentran en común de Colpensiones, afectados por las sentencias para luego reconocer pensión de veje, y se le tenga como tercero de buena fe, deficiencia presupuestal que no se cumple con el traslado, según financiación en prima media, esperando que el fondo privado asuma la afiliación del demandante bajo régimen de prima media. (min. 1:10:45).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor Daniel Saravia Henao del RPMPD al RAIS.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 12 de diciembre de 1954 (al índice 00 pdf 5) ii) se afilió a Colpensiones el 30 de marzo de 1994, según índice 00 en la historia laboral visible a folio pdf 14. iii) Se afilió el 01 de mayo de 2004 al RAIS, a través de la Porvenir S.A. conforme a la comunicación expedida por Porvenir S.A, lo cual se corrobora de la historia consolidada del referido fondo privado. (pág. 7y 25 al índice 00).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 21/01/2020 (índice 00 pdf 68) tenía cumplidos 65 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (fls. 9 índice 00) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo en error al demandante, sin haber documentado aquella AFP los efectos del traslado.

Al respecto, en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trató el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites “... *debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...*”, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele a la afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo).

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor

le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado del actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Lo planteado por la Máxima Corporación en esta especialidad concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración

en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, en el expediente no se acredita material probatorio sobre una información libre de reticencia al demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, máxime si mediante auto calendado el 10 de mayo de 2022, el a quo tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme lo efectuó la a quo.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así se asentó en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que contrario a lo manifestado por el apoderado Judicial de Colpensiones en su recurso de apelación, no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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, pues pese que la demandante, pueda acercarse a la edad mínima pensional, el traslado no

corresponde únicamente por las cotizaciones netas y bajo tal postulado, pese la inconformidad de Colpensiones, se explica el giro tanto de rendimientos, como de la cotización completa, incluyendo las comisiones cobradas y seguros provisionales.

Razones expuestas que permiten concluir que lo sustentado en la apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, sin que tampoco la AFP en el RAIS puedan operar bajo Régimen de Prima Media, las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 17 de mayo de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia objeto de apelación en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre del actor que existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles, no solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en si mismo en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por esta razón tampoco resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado o porque permaneciera cierto tiempo en el RAIS, sin haber indicado inconformidad alguna.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia proferida el día diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

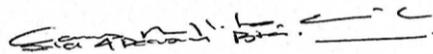
“TERCERO: Condénese a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a devolver a Colpensiones la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen, pues corresponden al efecto de retornar al RPMPD todos los emolumentos de la cotización realizada, a partir de un acto que resulta ineficaz.”

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

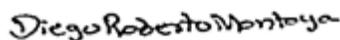
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **94d79e044f6bc2a94422e69325f5bb7ff9ed9e9cddd423122bcacb53a8b3d351**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-036-2020-0210-01

Demandante: CAROLINA SÁENZ MEJÍA.

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación por el apoderado judicial de las accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá el veintiocho (28) de abril de 2022, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (Art 69 del CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Carolina Sáenz Mejía llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- para que se condene a la accionada a reconocer y pagar, retroactivo pensional a partir del 01 de agosto de 2019, fecha en la cual cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se paguen los intereses moratorios liquidados a la tasa más alta calificada por la superintendencia financiera, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 26 de mayo de 1960, que el 17 de enero de 2020, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la

¹ Pase a despacho 13/05/22

pensión de vejez, que cotizó en toda la vida laboral 1789 semanas; mediante resolución SUB 56298 del 27 de febrero de 2020 se concedió la prestación de vejez a partir del 01 de marzo de 2020, en cuantía de \$12.605.071, bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003; que contra la anterior resolución interpuso los recursos de ley solicitando el retroactivo pensional.

Finalmente indicó que, efectuó cotizaciones hasta el 31 de julio de 2019, que su empleador COVINOC a través de su operador logístico reportó la novedad de retiro por el Sistema General de Pensiones para el ciclo correspondiente a julio de 2019. (Exp. Digital: «al índice 03 Demanda. Pdf.» pag. 1 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones se opuso a las pretensiones. En su defensa, argumentó que a través de la Resolución SUB 56298 de 27 de febrero de 2020, se otorgó pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, a corte de nómina, esto es, a partir del 01 de marzo de 2020, por tanto, se encuentra ajustada a derecho por cuanto no se evidencia novedad de retiro con el empleador COVINOC.

Formuló como excepciones de mérito las de «*inexistencia del derecho y de obligación*», «*improcedencia en el pago de intereses moratorios por reajustes o reliquidación*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*», «*prescripción*» e «*innominada o genérica*» (Exp. Digital: «05 Contestación Colpensiones sub carpeta 02. Contestación Pdf» pag. 1 a 9).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – a reconocer y pagar a la señora Carolina Sáenz Mejía, el retroactivo por mesadas pensionales causadas, entre el 01 de agosto de 2019 y el 28 de febrero de 2020, el cual equivale a \$99.039.140,44. Se autoriza a Colpensiones a descontar del retroactivo por mesadas pensionales, los aportes correspondientes al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- a pagar los intereses moratorios respecto de las mesadas causadas entre el 1 de agosto de 2019 y el 28 de febrero de 2020, a partir del 18 de mayo de 2020 y hasta que se verifique el pago.

TERCERO: Declarar no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: Condenar en costas a la encartada. En su liquidación se debe incluir la suma de \$1.000.000, a título de agencias en derecho.

QUINTO: Consúltese con el superior la presente decisión, tal como lo ordena el artículo 69 del C.P.T y de la S.S, esto es, en favor de Colpensiones.

[...].”

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que pese a no registrarse la novedad de retiro, debían analizarse las circunstancias del caso para establecer la voluntad del afiliado de no seguir cotizando; en tal medida, indicó que del reporte de semanas cotizadas a Colpensiones, la última cotización en pensiones se efectuó en julio del 2019 y la actora elevó reclamación administrativa el 17 de enero de 2020, para el reconocimiento pensional conforme se describió en la resolución expedida en febrero del mismo año, fecha para la cual ya había reunido los requisitos exigidos por ley para acceder a su pensión de vejez, situaciones fácticas que permiten ver su interés por desafiliarse del Sistema, siendo entonces, procedente el reconocimiento a partir del 01 de agosto de 2020, como quiera que la última cotización se hizo el 31 de julio del mismo año. Declaró no probada la excepción de prescripción. Respecto de los intereses moratorios al encontrarse acreditado la mora en el pago de la prestación, pues no la realizó de manera oportuna, ordenó su pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación, solicitando se revoque el fallo de primera instancia y absuelva de todas las condenas incoadas, argumentó que, la accionante no le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, se realizó una liquidación que no corresponde, pues en aplicación de los artículos 13 y 21 de la Ley 100 de 1993 y al tener en cuenta el IBL aportado por la demandante y el número de semanas cotizadas encontramos que el verdadero valor de la mesada pensional para la data de agosto de 2019 es de \$12.143.614, por lo que el retroactivo, incluyendo las mesadas adicionales, indexación y descuentos en salud, correspondería a la suma de 86.778.726. No hay lugar a condenar en intereses moratorios, porque la demandante ya tiene una mesada pensional reconocida.

No obstante, en caso en que el Tribunal decida confirmar la sentencia de primera instancia en declarar los intereses moratorios, expresó, lo subsidiario en donde de conformidad con las sentencias T-588 de 2003, C124 de 2004 y SU095 de 2018, los mismos deben contabilizarse a partir del sexto mes de la solicitud de reconocimiento. (Min. 39:39).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), establecer si a la parte actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pretendido, junto con los intereses moratorios contemplados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, en los términos ordenados en primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante la Resolución SUB 56298 del 27 de febrero de 2020, a partir del 1° de marzo de 2020, en cuantía inicial de \$12.605.071, por encontrarse acreditados los requisitos de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, (al índice «03 Demanda. Pdf» pág. 32 a 38).

Ahora bien, frente al retroactivo pensional solicitado, estima la Sala que si bien el art. 13 del Acuerdo 049 de 1993 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, no es menos cierto que la Sala de Casación Laboral, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este, postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

Sobre la anterior temática se trae como referente lo expresado en la sentencia CSJ SL2607-2021, que reiteró lo dicho en CSJ SL3245-2019, así:

«Por ejemplo, esta sala en sentencia CSJ SL, del 6 de jul. 2011, rad. 38558, explicó:

[...]

En lo que atañe a la <causación> de la pensión de vejez, es pertinente recordar, que la Sala tiene adoctrinado que esta figura jurídica difiere del <disfrute> del derecho, en la medida que en el primer caso, la causación se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para

acceder a la prestación pensional: en el segundo, supone el cumplimiento del primero y se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, debiéndose como regla general, llevarse a cabo la previa desafiliación del régimen conforme a lo preceptuado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Sin embargo, cabe destacar, que en aquellos eventos en que concurre un actuar negligente o errado de la entidad encargada de reconocer la prestación de vejez, a la que el afiliado tenía derecho de tiempo atrás cuando cumplió con los requisitos exigidos para obtener la pensión, es menester entrar a estudiar las particularidades de cada caso.

En efecto, tiene dicho esta Corporación, que ante situaciones que presentan ciertas circunstancias excepcionales, estando satisfecha la totalidad de las exigencias consagradas en los reglamentos del ISS, debe reconocerse y pagarse la pensión de vejez al afiliado en su oportunidad desde que elevó la correspondiente solicitud con requisitos cumplidos, así no haya operado en rigor la mencionada desafiliación al sistema.»

En Casación Laboral, sentencia SL5603-2016, también se expresó: *“En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido. Como también en sentencia SL2713-2021, citando providencia SL456-2021, al referir: “En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido”*

Ahora, de los hechos acreditados, se evidencia:

(i) Carolina Sáez Mejía, adquirió el estatus de pensionada desde el 30 de julio de 2019, fecha en que tenía más de 1.785 semanas de cotización y había cumplido 59 años.

(iii) El empleador COVINOC, dejó de cotizar desde el 31 de julio de 2019, tal y como lo refleja el reporte de semanas cotizadas en pensiones (Exp. Digital: «05 Contestación Colpensiones sub carpeta 02. Contestación Pdf» pag. 11).

Puestas así las cosas, esta Sala observa que en este caso se cumplen las condiciones analizadas en la jurisprudencia y en tal sentido se modificara la fecha de disfrute a partir del 17 de enero de 2020, fecha en la que si bien no aparece novedad de retiro, lo cierto es que ya tenía cumplidos los requisitos

de causación de la pensión de vejez, tal como la misma entidad lo reconoció, había dejado de cotizar, aunado que con la solicitud pensional se evidencia la clara intención de desafiliarse del sistema de pensiones.

Dilucidado lo anterior, se deberá confirmar lo decidido en primera instancia, en cuanto a este asunto en particular, así como lo decidido con relación al retroactivo, pero una vez efectuados los cálculos aritméticos de rigor entre el 1º de agosto de 2019 y el 29 de febrero de 2020, se tiene que el mismo asciende a la suma de \$18.487.437,47 suma inferior a la calculada en primera instancia y por tal motivo, se modificará la sentencia de primer grado en este puntual aspecto en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RETROACTIVO PENSIONAL				
FECHA INICIAL	FECHA FINAL	VALOR MESADA	Nº MESADAS	Total
17/01/2020	29/02/2020	\$ 12.605.071,00	1,466666667	\$ 18.487.437,47
TOTAL				\$ 18.487.437,47

Se debe anotar que este retroactivo no se encuentra prescrito, en la medida que el mismo se hizo exigible con el reconocimiento pensional efectuado según resolución SUB 56298 del 27 de febrero de 2020, el retroactivo pensional se solicitó el 11 de marzo de 2020, lo cual fue resuelto por Resolución SUB 107147 del 14 de mayo de 2020, notificada el 02 de junio de 2020 (al índice 03. Demanda pdf. Pág. 60), se interpuso recurso de apelación, y mediante resolución DPE 8008 de 18 de mayo de 2020, se desató el recurso, confirmando la SUB 56298 de 2020, y como quiera que la demanda fue promovida el 09 de julio de 2020 (al índice 01. Demanda Sub carpeta 02. Acta de reparto), no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

En cuanto a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la C.S.J. en la sentencia SL787 de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 01 de agosto de 2019, pues como se vio, para ese momento el demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, desde el momento que cumplió la edad requerida y ya se había trasladado del RAIS, mientras que la sentencia SL2713-2021, se explicó

la razón para la condena, así *“En cuanto al segundo argumento del Tribunal, esto es, que la novedad de retiro se reportó formalmente en un momento posterior a la presentación de la solicitud pensional, dicha razón no es válida para no condenar al pago de intereses moratorios, pues no existe prueba solemne para demostrar el retiro del Sistema y, por el contrario, tal situación se puede evidenciar a través de la intención inequívoca de la persona de querer desafiliarse, mediante comportamientos tales como la suspensión de aportes o la manifestación expresa ante la respectiva administradora de pensiones.”* Por tanto no es posible exonerar sobre la condena dispuesta, a partir del mes del 18 de mayo de 2020, según petición citada en Resolución de Colpensiones sobre el reconocimiento pensional del 17 de enero de 2020.

Ahora bien, comienza a generarse dichos intereses moratorios, conforme lo tiene establecido la legislación laboral, expresamente el artículo 9² de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994³, consagran como plazo máximo para reconocer la prestación cuatro meses después de radicada la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho, la accionante presentó solicitud de reconocimiento pensional como se acreditó en líneas precedentes, el 17 de enero de 2020; por tanto procede la condena por intereses moratorios a partir del 18 de mayo de 2020; en consecuencia la obligación a cargo por este concepto se pagará a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago, calculada sobre las mesadas adeudadas, esto es, sobre las mesadas del 17 de enero de 2020 al 28 de febrero de 2020, y hasta que se verifique su pago.

De igual manera, como lo indicó la a quo, se autorizará a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3^o del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

En tal virtud, se resuelve tanto la consulta que opera en favor de COLPENSIONES, como la apelación formulada por esta entidad. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado en los términos expuestos. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

² “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

³ Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

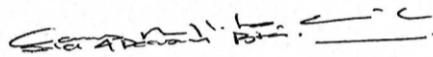
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido que el retroactivo pensional causado entre el 17 de enero de 2020 y el 29 de febrero de 2020 corresponde a la suma de \$18.487.437,47 de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión. Precizando que los intereses moratorios que se indican en el numeral Segundo de la sentencia de primer grado, corresponden por el retroactivo de mesadas pensionales que acá se indican

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la aludida decisión.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

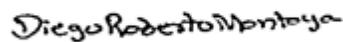
Notifíquese por Edicto



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **be47a26bef3a60663844858c6bf1d4013b6e8374e074c993caba9b531d8c3ed4**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-002-2018-00294-01

Demandante: MARIA DEL PILAR DELGADO PINEDA
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

AUTO

Reassume el poder el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, otorgado por Porvenir S.A., se reconoce como apoderada en sustitución de Colpensiones a la doctora VIVIANA MORENO ALVARADO. Conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá del 13 de junio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

¹ 15/07/23 pasa a despacho.

La ciudadana María del Pilar Delgado Pineda llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.-, a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, aportes, rendimientos, gastos de administración se ordene a Colpensiones aceptar la vinculación y reciba el traslado de los aportes, costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que prestó sus servicios como empleada del Hospital San Martín de Porres por más de veinte años, que estuvo vinculada al RPM, que los asesores de la AFP Protección S.A, indujeron de manera inequívoca a vincularse al RAIS, no le informaron que al trasladarse perdía los beneficios pensionales del RPM; que posteriormente la AFP Protección traslado la cuenta de ahorro individual a la AFP Porvenir S.A, que actualmente se encuentra vinculada a Porvenir S.A; que los fondo privados nunca suministraron información idónea, veraz para asumir una determinación objetiva, nunca se le realizó una simulación o comparación de la mesada pensional; que solicitó el traslado de régimen pero la administradora se ha opuesto a realizar el traslado, que el 11 de enero de 2018, solicitó ante Porvenir la desvinculación del RAIS, siendo negativa, la respuesta. Agregó que, agoto la reclamación administrativa ante Colpensiones. (01ExpedienteDigital.Pdf 1 a 41)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, solicitó negar los requerimientos de la demandante, señaló que el traslado del RPM al RAIS se realizó con plena voluntad de la cotizante, sin vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de «*error de derecho no vicia el consentimiento*», «*Buena fe*», «*inexistencia del derecho y de la obligación*», «*prescripción*», «*innominada o genérica*»².

Por su parte Protección S.A., se opuso a las pretensiones. En su defensa argumenta que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento, que el formulario de vinculación fue suscrito por la accionante y se realizó de manera libre y espontánea, que genera derechos y obligaciones por parte del afiliado y de la AFP. Agregó que la actora tuvo suficiente ilustración para optar por el traslado de régimen, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Formuló como excepciones de

² Archivo digital (01 Expediente Físico Pdf 56 a 69)

fondo las de «prescripción», «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «traslado de aportes Porvenir»³.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones. En su defensa argumentó que el demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contempla el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; la actora realizó aportes por más de 15 años, atendiendo a su derecho de libre escogencia motivo por el cual se trasladó al RAIS, en los términos del artículo 60 ibidem. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «inexistencia de la obligación», «buena fe» y «compensación»⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dos (02) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día Trece (13) de junio de dos mil veintiunos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora MARIA DEL PILAR DELGADO PINEDA identificada con la cédula de ciudadanía (...) a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el día 26 de octubre de 1995, y consecuentemente la vinculación realizada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de fechas 01 de julio de 2004, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR SA como última administradora a la cual se encuentra vinculada devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARIA DEL PILAR DELGADO PINEDA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todo sus frutos, intereses, esto es, con los rendimientos causados y gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES – a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 22 de marzo de 1984, por lo que deberá incluirse en la base de datos y sistemas de información de la historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

³ (01 Expediente Físico Pdf: «92 a 123)

⁴ (07 Expediente Físico Pdf: «1 a »)

QUINTO: CONDENAR en costas a las accionadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, consúltese con el superior”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., apeló la decisión, argumentando que se acreditó en el proceso que se cumple con el deber de información que se tenía para la época en que se efectuó el traslado, esto es en el año 2004, lo cual se acredita con el formulario de afiliación suscrito por la demandante de manera libre y voluntario como lo acepto la actora, documento público que tiene plena validez, siendo solo la manifestación de voluntad el requisito sin poder alegar desconocimiento de la Ley, conforme a la Ley 100 de 1993, todo ciudadano debe conocer la información concerniente al traslado de régimen pensional. El traslado inicial y horizontal son completamente válido, conforme formulario de afiliación. Respecto a la condena en costas, indicó que, frente al primer traslado pensional, Porvenir no tuvo injerencia, por lo tanto, no debe condenarse en costas.

Finalmente señaló que, las condenas de devolución de gastos de administración, y los seguros previsionales, todo lo que conste por la afiliación, la Ley 100 de 1993, también señala que en RPM también se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez, luego están sujetos a la prescripción, además que la Superintendencia Financiera apoya en concepto lo antes expuesto, más si se mantuvo la cobertura por póliza provisional, se cumplió el deber de administración y se realizó en forma exitosa, bajo la comisión de administración, que condenar a dichas devoluciones conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa, al no existir norma para tal devolución, pues no financian pensión de vejez del accionante, bajo una situación que de no presentarse al siniestro se debería devolver el valor de la póliza, sumas adicionales que si son objeto de prescripción. (al índice 18. Minuto 1:22:58)

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que el traslado al RAIS tiene plena validez, que obra dentro del proceso prueba documental que llevan a determinar que el traslado fue de manera voluntaria, para 1995, bajo asesoría verbal, no se acreditó ningún vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo y un documento físico sobre el traslado e información no era requisito a tal fecha, precisó que los afiliados cuentan con

el derecho a escoger a que régimen se afilian como lo consagra en la Ley 100 de 1993.

El literal b del art 13 de la ley 100 de 1993, establece que la afiliación de cualquiera de los regímenes pensionales es libre y espontanea, decisión que tomó la demandante de manera voluntaria y libre, se le informó que no era beneficiara del régimen de transición, se le ve la vocación de permanencia. Agregó que en el interrogatorio de parte la actora, indicó que su motivación del traslado de régimen es la mesada pensional y manifestó que si hubo un asesor para el momento de los hechos. Además, existe una prohibición legal para el traslado de régimen cuando falten menos 10 años para el derecho pensional, que se debe tener en cuenta en el caso en estudio. Que conceder la ineficacia conlleva a poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, pues la demandante ya cumple requisitos de edad, demandante que realizó múltiples actos de relacionamiento y solo por el estudio del valor de mesada pensional, inicia esta actuación, insistiendo en que no se condene en costas a su representada (min. 1:30:32).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora María del Pilar Delgado Pineda del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 27 de octubre de 1960 (al índice 1 pdf, 19); ii se afilió a Colpensiones el 22 de marzo de 1984, (al índice 1 pdf, 71 iii) se trasladó el 26 de octubre de 1995 al RAIS, a través de Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. (pág. 124, al índice ibidem), así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 30 de abril de 2004 a Porvenir S.A., desde Protección S.A. (al índice 1. Pdf. 20) y a Protección S.A., por traslado que se realizará a Colmena el 26/10/1995 (al índice 1. Pdf. 123-127).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 03/05/2018 (índice 01, Pdf. 42) tenía cumplidos 57 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición

dirigida a Protección, Porvenir y Colpensiones (índice 01, Pdf 11, 17, 75) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no

cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido, no siendo posible validar aquel acto que en sí genera la ineficacia, porque la actora presentara traslados entre administradoras del RAIS, pues se trata de las condiciones en que se surtió tal ingreso al RAIS.

Lo anterior no trata de una inversión de la carga de la prueba, pues concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado

de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, tampoco lo aseverado frente al interrogatorio de parte, se trata de un deber de información del administrador experto libre de reticencia alguna, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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.

Razones expuestas que permiten concluir que los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las

anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 13 de junio 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada, que, si bien menciona los anteriores conceptos, no es así sobre, el porcentaje en relación con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia que estas entidades cobraron, debidamente indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

Asimismo, y de conformidad con lo expuesto se adicionará a la sentencia objeto de apelación en el sentido de ordenar a la Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Protección S.A, a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esas administradoras, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional, observando que los fines del traslado no solo de las cotizaciones, sino de los valores antes referidos, corresponden a los efectos asignados en doctrina citada a la ineficacia del traslado en conjunto a la sostenibilidad financiera del RPMPD, no propiamente hacia un enriquecimiento de la actora, sino de la restauración de la situación jurídica, en que el fondo administrador en el RAIS, no demostró haber obrado con la debida diligencia y libre de cualquier reticencia al motivar u originar el traslado de regímenes para la demandante, situación jurídica que pese ser ahora COLPENSIONES el administrador del Régimen de Prima Media, conlleva frente a su interés jurídico, que sus argumentos no se escriban en preponderancia y a exclusión a los de la afiliada, quien no fue debidamente informada, en criterio no de normas que no podrían haber estado vigentes o de una diligencia alegada por Porvenir contra quien no es administrador lego, sino de restauración del derecho, en tanto en criterio deducido de la Sala Laboral de la CSJ, el estándar de información y su prueba bajo un postulado de un Sistema de Seguridad Social, no fue debidamente acreditado por el fondo administrador que suscitó aquel traslado entre regímenes.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual las recurrentes no obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones que pase a tener a la

demandante como una afiliada válida al régimen pensional que esta administra.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito el día trece (13) de junio de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante la señora MARIA DEL PILAR DELGADO PINEDA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo sentencia de primera instancia, el cual quedaran así:

ORDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de los aportes que a nombre de María del Pilar Delgado Pineda, existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esas administradoras y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal séptimo en el sentido de ORDENAR a la, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes que a nombre de la

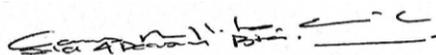
actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esta administradora, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

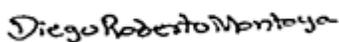
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b6fee9854889a992364ca567ad7dde326b74d864d30dcc6d9abe1de27a915a35**

Documento generado en 31/03/2023 04:42:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-010-2019-00870-01

Demandante: NOHELIA HEWITT RAMIREZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

AUTO

Obra como apoderada de Porvenir, la doctora ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ. Se reconoce como apoderada en sustitución de Colpensiones a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES. Conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá del Veintidós (22) de septiembre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La señora Nohelia Hewitt Ramírez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación

¹ Paso a despacho 30/09/22

definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones, se ordene a Colpensiones actualizar la historia laboral del actor, costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar en forma relevante que nació el 08 de septiembre de 1961, que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 04 de agosto de 1986, que en enero de 1995 se vinculó mediante contrato de trabajo a la Universidad Católica de Colombia; que el 01 de diciembre de 1998 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida del entonces Instituto de los Seguros Sociales ISS al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR S.A.; que el asesor de la referido fondo privado para lograr la captación del traslado por parte de la trabajador ofreció como beneficio que se podría pensionar anticipadamente, que la decisión del traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración; no recibió información necesaria, completa, veraz, calificada y profesional que le permitiera adoptar la decisión más conveniente para asegurar su futuro pensional, que al momento de la afiliación no se le prestó simulación o proyecciones de la futura pensión, no se le explicó sobre el derecho de retracto, ni las ventajas y desventajas de cada régimen; no se le informó sobre el bono pensional, sobre el capital que debía acumular para acceder a la pensión. Agregó que, 30 de octubre de 2019, agota la reclamación administrativa (01ExpedienteDigital. Pdf 34 y sig.)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones solicitó negar los requerimientos del demandante, indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito por el accionante y esta AFP es nulo toda vez que obran dentro del expediente medios de prueba documental, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado de régimen. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción», «Buena fe», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «inexistencia del derecho y de la obligación» «falta de causa para pedir», «innominada o genérica»².

Por su parte Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones. En su defensa argumento que la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se afectó en algún momento, conforme el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; se

² (06 ContestaciónColpensiones Pdf 1 a 13)

brindó la información que le era oponible al momento en que se dio el traslado de régimen pensional. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «buena fe», «cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación»³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, despacho al que por descongestión se remitió el expediente, mediante sentencia de veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que Nohelia Hewitt Ramírez efectuó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la sociedad administradora de fondo de pensiones Porvenir S.A., segundo lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones – los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá 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 y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC aportes y demás información relevante que los justifique.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones – que acepte al actor en el régimen de prima media, con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral, conforme los dineros trasladados del RAIS.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR SA y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

SEXTO: CONSULTAR esta sentencia con el Superior Sala del Tribunal Superior Judicial de Bogotá [...].”

³ (08 ContestaciónPorvenir Pdf: «1 a 28»)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que el traslado al RAIS tiene plena validez, que obra dentro del proceso prueba documental que llevan a determinar que el traslado fue de manera voluntaria, no se acreditó ningún vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo; precisó que los afiliados cuentan con el derecho a escoger a que régimen se afilian como lo consagra en la Ley 100 de 1993, según interrogatorio de parte. Conforme medios de prueba que existió información y efectos sobre el traslado, acorde artículo 1509 del C. C., sin que tampoco pueda darse el traslado a quienes les falten menos de diez años para la edad mínima. Sin prueba de dolo por el asesor para el traslado. Sin vulnerar derecho enunciado en la demanda, para la demandante que tiene capacidad legal.

Agregó, que debe tenerse en cuenta el artículo 83 de la CP el cual manifiesta que las actuaciones de las entidades públicas deberán ceñirse a las actuaciones de la buena fe, la cual se presumirá de todas las gestiones de aquellos que se adelanten frente a ellas. Indicó que la AFP PORVENIR, a través de sus asesores comerciales, mediante maniobras engañosas efectuó el traslado de régimen, a esta misma es a quien le corresponde desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones que conforme a la sentencia SL14532 de 2019, quien tiene la obligación y carga de demostrar que cumplió con sus obligaciones legales de asesoría y de buen consejo es la administradora de fondos de pensiones a la cual se afilió, dado que en este caso la AFP a la cual se vinculó, fue PORVENIR, es a quien le corresponde mostrar el cumplimiento debido en las obligaciones legales antes enunciadas. Donde se destaca el literal b del art 13 de la ley 100 de 1993, establece que la afiliación de cualquiera de los regímenes pensionales es libre y espontánea, decisión que tomó la demandante de manera voluntaria y sin coacción alguna, de la misma manera que al momento del traslado de la demandante no contaba con una expectativa real de una posible pensión al encontrarse lejos de la fecha de una posible pensión desconociendo los factores que pudieran reconocer una pensión futura. La declaratoria de ineficacia pone en riesgo a los demás afiliados por no tener certeza de los aportes en un tiempo determinado, periodo de carencia que evita la descapitalización del sistema, lo que pone en riesgo la garantía pensional para afiliados actuales, quienes cotizan de forma permanente, aunado que por la edad de la actora no podía efectuar traslado alguno. Enuncia se le absuelva sobre las costas impuestas (min. 1:38:32).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del

traslado realizado por la señora Nohelia Hewitt Ramírez del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 08 de septiembre de 1961 (al índice 1 pdf, 39); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 04 de agosto de 1986 hasta noviembre de 1998 (al índice 1.-historia laboral-pdf; 40 iii) el 06 de noviembre de 1998 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., (Fl. 88 índice 8).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 13/12/2019 (índice 01, Pdf. 56) tenía cumplidos 58 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 02, Pdf 41) cuando ya había superado la edad de los 47 años, limite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido, no siendo posible validar aquel acto que en sí genera la ineficacia, porque la actora presentara traslados entre administradoras del RAIS, pues se trata de las condiciones en que se surtió tal ingreso al RAIS.

Lo anterior no trata de una inversión de la carga de la prueba, pues concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención

de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado que no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la *a quo*. Tampoco el interrogatorio de parte da cuenta del cumplimiento del deber de información sin reticencia alguna por parte del promotor asignado por la demandada.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas

sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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.

Razones expuestas que permiten concluir que los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 22 de septiembre 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida, que, si bien menciona los anteriores conceptos, no es así sobre, que los mismos, debe estar debidamente indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad; en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las costas impuestas en primera instancia corresponden al criterio fijado en el artículo 365 del CGP (Art. 145 CPTSS)

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el ordinal segundo y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá el día veintidós (22) de septiembre de dos mil veintidós (2022) en donde es demandante la señora NOHELIA HEWITT RAMIREZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo sentencia de primera instancia, los cuales quedaran así:

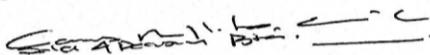
Ordenar a Porvenir S.A., que retorne a Colpensiones los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

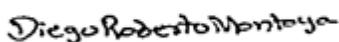
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Carlos Alberto Cortes Corredor

Firmado Por:

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4a839002f31cab601517e7e6db5434c39a745a99b548ff7ca686c18709c3d7c2**

Documento generado en 31/03/2023 04:42:58 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-016-2020-00179-01

Demandante: JESUS EDUARDO RAMOS VALENZUELA
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

AUTO

Como apoderada de Porvenir S.A. la doctora PAULA HUERTAS BORDA. Se reconoce como apoderada en sustitución de Colpensiones a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES. Conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá del Veinticinco (25) de mayo de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El señor Jesús Eduardo Ramos Valenzuela llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.-, a efectos de declarar la

¹ 29/07/2022 pase a despacho

ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones, se ordene a Colpensiones actualizar la historia laboral del actor, costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar en forma relevante que nació el 25 de diciembre de 1958, que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 03 de marzo de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2000, que se trasladó del régimen con prestación definida administrador por Colpensiones a Porvenir S.A., el 11 de diciembre de 2000 haciendo efectivo a partir de febrero de 2001, que la decisión del traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración; no recibió información necesaria, completa, veraz, calificada y profesional que le permitiera adoptar la decisión más conveniente para asegurar su futuro pensional, que al momento de la afiliación no se le prestó simulación o proyecciones de la futura pensión, no se le explicó sobre el derecho de retracto, ni las ventajas y desventajas de cada régimen; señaló que desde su afiliación al sistema general de pensiones ha cotizado más de 1150 semanas.

Indicó que en año 2000, el demandante se encontraba laborando como médico en el hospital San Rafael de Pacho -Cundinamarca- y a las instalaciones de la institución se presentaron en varias oportunidades asesores comerciales de diferentes fondos privados con la intención de captar al personal, para su vinculación o traslado del ISS a un fondo privado, bajo el argumento que el seguro social se iba acabar, siendo una de estas la razón del traslado de régimen, empero no se le explicó respecto de la prohibición legal de trasladarse nuevamente de régimen pensional una vez cumpliera los 52 años. Agregó que, elevó solicitud el 8 de noviembre de 2019, ante Colpensiones y Porvenir S.A., solicitando el traslado de régimen pensional, peticiones que fueron negadas. (01ExpedienteDigital.Pdf)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que la afiliación efectuada al fondo privado cumple con los presupuestos legales para su existencia ante la vida jurídica de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y Decreto 720 de la misma anualidad, el actor ejerció su derecho de libre escogencia consagrado en la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción», «Buena fe», «cobro de lo no debido» y «presunción de legalidad de los actos administrativos»².

² (03 ContestaciónPorvenir Pdf 1 a 15)

Por su parte Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones. En su defensa argumenta que dentro del expediente no obra prueba alguna que al actor se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, por el contrario, se acreditó que el traslado fue libre y voluntario. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «buena fe», «cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación»³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiunos (2021), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara el demandante señor Jesús Eduardo Ramos Valenzuela identificado con la cédula de ciudadanía (...) el 11 de diciembre de 2000 y que tuviera vigencia desde el mes de febrero del año 2001, debido al incumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante señor Jesús Eduardo Ramos Valenzuela, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones - incluyendo todos los valores correspondientes al capital, réditos, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere y en general toda suma con motivo de las cotizaciones, se haya recibido en el régimen de ahorro individual solidaridad.

TERCERO: CONDENAR, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones – a recibir la totalidad de los recursos provenientes de la condena del numeral segundo que antecede y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima medía con prestación definida, respecto del cual se declara que es el único en el cual en forma válida se ha encontrado afiliado el demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaria, incluyendo los montos de medio salario mínimo legal mensual vigente (1/2 SMLMV y un 1/4SMLMV) a cargo de las demandadas AFP PORVENIR SA y de COLPENSIONES. [...].”

³ (04 ContestaciónPorvenir Pdf: «1 a 24»)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, manifestó que, para la época en que se realizó el traslado se cumplió con el deber de información dispuesto para el año de 2001 cuando se vinculó el demandante a la AFP, se explicaron condiciones y características del régimen, y libremente optó por realizar el traslado. Formulario que para el momento era el único que se podía realizar para que la afiliación fuere eficaz. Momento en que el demandante ejerció su deber de elección al régimen conforme la Ley 100 de 1993, y si bien se debían señalar características del RAIS, lo más importante era que las personas ejercieran su derecho libre escogencia y no se trata de hacer exigibles obligaciones posteriores al 2001, como era solo suscribir el formulario de afiliación donde se indica que recibió información.

Arguyo que, no resulta justo que 20 años después un afiliado señale que no recibió tal información y que durante estos 20 años no haya solicitado información adicional si tenía alguna inconformidad. No resulta coherente que una persona que ha durado ese tiempo pretenda retrotraer todo cuando pudo haber tomado alguna de las siguientes decisiones, retratarse de su decisión en los 5 días siguientes a la firma del formulario o trasladarse nuevamente a ISS, dado que existen actos de relacionamiento como las cotizaciones realizadas a este régimen, siendo un imposible jurídico después de tanto tiempo, controvertir al accionante, no se cuenta con el asesor respectivo, y no es motivo la diferencia pensional, porque las condiciones de financiación son de ley.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, en virtud de las restituciones mutuas es contradictorio este tipo de condena, como quiera que se recuerda que la consecuencia de la aplicación de dicha figura tal como lo ha manifestado la Corte Suprema es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, y considera Porvenir que si está bien retrotraer los aportes y los rendimientos, pero no los gastos de administración toda vez que estos son obligatorios de acuerdo al artículo 20 de la ley 100 de 1993, rendimientos que resultan superiores a los aportes, porque su representada hizo una correcta administración de los recursos (min. 1:38:39).

Por último, Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que el a quo, no tuvo en cuenta las obligaciones legales que se tenían en el momento del traslado conforme el Decreto 2241 de 2010, al presentarse en este caso un silencio del consumidor financiero en el tiempo, se nota también que, según interrogatorio de parte, que no existió una adecuada revisión del negocio jurídico, por lo cual no puede ser exigible directamente a Colpensiones u otras partes, recibir al demandante. Es como una responsabilidad objetiva directamente indilgada y se exonera de cualquier

responsabilidad al AFP por no haber brindado información al afiliado en el presente caso, por lo cual, ese tipo de traslados no eran exigibles directamente a Colpensiones, sin existir proyección pensional, toda vez que se encontraba directamente y de manera válida afiliado al RAIS; que no se tuvo en cuenta que la documentación exigible a los fondos privados no puede ser otra más que el formulario de afiliación diligenciado en debida forma por la parte demandante y no se puede allegar documental distinta a ella, toda vez que para el traslado era la única disponible. Que como tercero sobre la afiliación al RAIS, recibir la carga prestacional del demandante genera un desequilibrio en la estabilidad financiera del sistema de RAIS, pues las proyecciones pensionales se realizan 10 años antes de la edad mínima de pensión. (min. 1:46:41).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor Jesús Ramos Valenzuela del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 25 de septiembre de 1958 (al índice 2 pdf, 3); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 03 de marzo de 1989 hasta diciembre de 2000 (al índice 3.-historia laboral-pdf; iii) el 11 de diciembre de 2000 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Porvenir SA conforme al certificado de Asofondos SA (Fl. 26 a 28 índice 4).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 08/07/2020 (índice 01, Pdf. 31) tenía 61 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (índice 02, Pdf 5 al 12) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo doctrina citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido, no siendo posible validar aquel acto que en sí genera la ineficacia o porque se aleguen traslados entre administradoras del RAIS, pues se trata de las condiciones en que se surtió tal ingreso al RAIS.

Lo anterior no trata de una inversión de la carga de la prueba, pues concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

Ahora, en ese contexto decisional, advierte la Sala, que es claro que la carga de probar aquel deber de información recae sobre las administradoras de pensiones, pero en concreto y facultada esta Sala para advertirlo en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por la aceptación de afiliación a la demandada Porvenir S.A. en el RAIS, y en efecto el manejo de cotizaciones por esta AFP y reporte en historia laboral de estas desde febrero de 2001 (al índice 04pág. 35 .pdf), en todo caso lo que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin

de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte accionante al RAIS, conforme la efectuó el a quo.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, tampoco su interrogatorio de parte da cuenta de una asesoría o debida información sin reticencia alguna por parte del promotor asignado por la AFP, de allí que no pueda asumirse que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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.

Razones expuestas que permiten concluir que los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la

devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 25 de mayo de 2022

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida, que, si bien hace mención de los anteriores conceptos, no es así sobre, el porcentaje en relación con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que estas entidades cobraron, debidamente

indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Las costas en primera instancia corresponden al artículo 365 del CGP (art. 145 del CPTSS)

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el ordinal segundo, y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá el día veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiunos (2021). es donde es demandante el señor JESUS EDUARDO RAMOS VALENZUELA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de sentencia de primera instancia, el cual quedaran así:

CONDENAR a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante señor Jesús Eduardo Ramos Valenzuela, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones - junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,

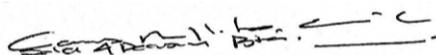
durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

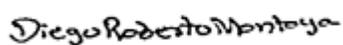
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1cb58bc609f4cdac95fa696e309a624deecf21fba121a8da8b3ee42375e9758**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 035-2021-00512-01

Demandante: LUZ MERY GRANADOS PEREZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES PORVENIR S.A.

Auto

Reassume el poder el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de Porvenir S.A. Conforme documental allegada.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá del veintiuno (21) de junio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Luz Mery Granados Pérez llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A.- y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a efecto de que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS-

¹ 5/08/2022 Pase a despacho

administrado por - Porvenir S.A.-, siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses; y a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes realizados, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que desde el 23 de junio de 1989 hasta el 30 de junio de 2000, estuvo afiliada al instituto de los Seguros Sociales; que para dicha calenda tenía acumulado 461,71 semanas al RMP; que en el mes de mayo de 2000 cuando laboraba en la Federación Colombiana de Golf los asesores de la AFP Porvenir S.A le presentaron el nuevo régimen pensional; le indicaron que el ISS se acabaría y que perdería las cotizaciones; le informaron que podía en el RAIS escogería cuando pensionarse y que su mesada sería superior a la que obtendría en el RPM; que no se le informó sobre el derecho de retracto; que tiene cotizadas a junio de 2020 en el Sistema General de Pensiones 1.470 semanas; que el 23 de junio de 2021 solicitó ante Colpensiones y Porvenir el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa a estas. (Exp. Digital: «01Demanda» pdf. 01 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Por su parte Porvenir S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones; argumento para ello, que el traslado en el año 2000, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de indicarse sus condiciones pensionales, tal y como se aprecia en la solicitud 0402818. Formuló como excepciones de mérito las que llamo «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «genérica»²

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP. Formuló como excepciones de mérito las de «Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «Descapitalización del Sistema Pensional», «Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción de la acción laboral», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», e «Innominada o genérica».³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

² (Exp. Digital: «08Conestacion Porvenir.pdf 1 a 26»).

³ (Exp. Digital: «10ContestacionColpensiones.pdf» Págs. 01 a 37)

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintiuno (21) de junio de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado Luz Mery Granados Pérez, al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en el fondo privado, tal y como se advirtió en la parte resolutive.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a volver a afiliarse a LUZ MERY GRANADOS PEREZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas AFP PORVENIR S.A. por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, argumentando, que no existen los presupuestos procesales para darse la ineficacia del traslado, toda vez que, no se tiene en cuenta lo señalado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto teniendo en cuenta que es la norma rectora respecto a la declaratoria de la ineficacia. Debe tenerse en cuenta que coexisten dos regímenes pensionales, de los cuales confesó la demandante el permanecer en el RAIS le era más favorable por las características propias del régimen, características que no se dan dentro del régimen de RPMPD.

La declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado contribuye a la descapitalización del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental de los demás afiliados a la seguridad social; la demandante no

es una afiliada lega que desconocía las características propias de cada régimen pensional, sino por el contrario se beneficia y decide permanecer allí de acuerdo con lo que le podía ofrecer el RAIS, lo que desconoce el criterio de justicia material que ingresen personas que no contribuyeron al régimen por los riesgos asumidos por otras personas. Agregó que Colpensiones fue ajeno a la afiliación de la demandante y respeto su libre decisión y voluntad de permanecer en el RAIS por tanto no pueden imponérsele cargas adicionales para asumir posteriormente un derecho pensional, lo que descapitaliza aún más al Régimen. Además, se debe autorizar a los fondos a descontar los perjuicios que se causen, y no se descuente los seguros de invalidez y sobrevivencia, toda vez que contribuirían, aún más, a la descapitalización del sistema pensional. Ahora bien, teniendo en cuenta que COLPENSIONES fue ajena al acto de traslado y actuó como tercero de buena fe, no sea condenada a costas. (min. 48:38).

Porvenir S.A., presentó inconformidad contra la anterior decisión, argumentando para ello, el artículo 9 del C.C., que señala que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio general del derecho que establece una presunción legal, la cual implica que habiéndose promulgado una ley esta es conocida por todos los habitantes. Ahora, como lo explico la Corte Constitucional en SU- 30 de 2003, la Ley 100 de 1993, estableció el sistema de seguridad social integral de pensiones bajo dos regímenes solidarios y excluyentes, pero que coexisten cada uno de los cuales presenta particularidades. Por un lado, tenemos el RAIS, y por otro RPMD, luego entonces, por tratarse de un régimen obligatorio y de orden público, las normas de afiliación del traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPDM como en el RAIS se encuentran debidamente definidas en su totalidad por la Ley que fue debidamente promulgada, por lo que, a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de su inobservancia, sin que las partes tengan la libertad de pactar condiciones distintas, luego en este escenario la demandante debía conocer la información que le permitía tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional sin que pueda aducir que PORVENIR abusó de su posición dominante y menos que, la demandante esté relevado de demostrar las circunstancias que le impidieron conocer la ley 100 de 1993. Conforme artículo 13 de la C. P.

Finalmente expuso que, en caso en que se confirmarse la sentencia de forma subsidiaria se absuelva de devolver lo descontado por concepto de comisión y gastos de administración, en primer lugar, porque esos constituyen conceptos autorizados para descontar a la AFP como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, que se vio materializado al incrementar el saldo de la cuenta individual generando rendimientos financieros, inclusive por arriba del mínimo dispuesto por la Superintendencia Financiera.

Por otro lado, de ordenar el traslado de estos montos a COLPENSIONES, se configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta demandada en la medida en que no existe norma para esta devolución, en el artículo 113 menciona cuales son los dineros que efectivamente se trasladan cuando existe un cambio de régimen, esto es: saldo contenido en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que evidencia que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él, sino al Fondo Privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existencia en la cuenta de ahorro de la demandante. Adicionalmente, se desconoce lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, puesto que en caso de que la demandante hubiere permanecido en el RPM que administra Colpensiones, estos igualmente hubieran generado descuentos de la cotización para financiar gastos de administración y de la pensión de invalidez y sobreviviente, por lo que dicho gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción. (min 53:20)

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Luz Mery Granados Pérez del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 05 de marzo de 1969 (al índice 02 pdf, 18); ii) que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 23 de junio de 1989 hasta el 30 de junio de 2000 (al índice 01. Pdf 24), que el 20 de junio de 2000 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colpatria S.A., (índice 08. Pág. 92); así como que realizó traslado entre administradoras de fondos de pensiones pertenecientes al RAIS: iv) el 30 de marzo de 2009 a Porvenir S.A., desde Horizonte (al índice 08. Pdf. 95).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 10/11/2021 (índice 03) tenía 52 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Porvenir y Colpensiones (índice 02, Pdf 28 a 57) cuando ya había superado la los 47 años, limite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de

régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo en error a la demandante, sin haber documentado aquella AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los

artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido, no siendo posible validar aquel acto que en sí genera la ineficacia, porque la actora presentara traslados entre administradoras del RAIS, pues se trata de las condiciones en que se surtió tal ingreso al RAIS.

Lo anterior no trata de una inversión de la carga de la prueba, pues concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de

garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C. que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado 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.

Razones expuestas que permiten concluir que los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, lo que conlleva confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 21 de junio de 2022

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se mantuvo afiliación en el RAIS. Aunque el a quo así lo dictaminó, Se tiene en cuenta como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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.”

En consecuencia, se adicionarán el ordinal primero de la sentencia recurrida, que, si bien menciona los anteriores conceptos, no es así sobre, el porcentaje en relación con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que estas entidades cobraron, debidamente indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual COLPENSIONES ni PORVENIR S.A., obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado por la actora, esto que implica confirmar aquellas indicadas en primera instancia.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el ordinal primero y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora LUZ MERY GRANADOS PEREZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., los cuales quedaran así:

“PRIMERO:DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado Luz Mery Granados Pérez, al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de

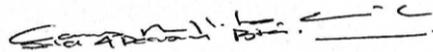
pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esas administradoras y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ce90417eb2a7858307fe31f8f082033b01fee8dd329f46b7ba2527c1dec7691e**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-036-2020-00308-01

Demandante: LUZ MARÍA TOBÓN DE URIBE
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería adjetiva, para actuar a la doctora Angélica María Cure Muñoz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 de Barranquilla, con T.P. No. 369.821 del C.S. de la J. como apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y de Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá del 30 de junio de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La señora LUZ MARÍA TOBÓN DE URIBE llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la

ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 9 de marzo de 1955 y que ha cotizado al Sistema General de Pensiones administrado por Colpensiones por el periodo comprendido entre octubre de 1973 hasta marzo de 1997 y, posteriormente, administrador por Porvenir desde el 15 de abril de 1997 hasta la fecha de la radicación de la demanda. Explicó que el 15 de abril de 1997, en el lugar de trabajo de la demandante se realizó una charla grupal, específicamente en las instalaciones de Inespro, en donde Porvenir, por medio de un promotor de ventas, vendió un producto llamado *pensión obligatoria*; que en dicha data, bajo presión informativa sin que mediara una decisión informada, la actora firmó el formulario de afiliación con la administradora de fondo privado.

Agregó que el proceso de afiliación y traslado del régimen lo efectuó cuando tenía 39 años, por lo que para abril de 1994 cumplía con uno de los requisitos exigidos para el Régimen de Transición; que el promotor de la administradora no le explicó las diferencias de los regímenes pensionales representados por el ISS y Porvenir, generando desinformación y confusión para la demandante. De igual manera, que se omitió informar sobre las condiciones para retornar al RPMPD, así como el cálculo de la proyección pensional, último aspecto que se vio perjudicado en tanto que a sus 65 años le indicaron que la mesada sería el equivalente a \$1.089.700, razón por la cual solicitó ante las administradoras demandadas el traslado de régimen, peticiones que fueron negadas bajo el argumento que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse (Exp. Digital: «02.Subsanación demanda»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, aceptó los relativos a las fechas de nacimiento de la demandante y de la solicitud de traslado de régimen realizada, negando los demás supuestos fácticos. Indicó que la demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de Porvenir S.A. con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Formuló como excepciones de mérito las

de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe»¹.

Por su parte, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y, respecto de los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, los interregnos de afiliación en ambos regímenes pensionales, la fecha de suscripción del formulario de afiliación con Porvenir y la solicitud de traslado efectuada ante la administradora, sin que le constará los demás hechos. Sostuvo que Colpensiones no tuvo injerencia en la decisión del traslado de la actora, razón por la cual el traslado afecta los intereses de la administradora, pues la demandante se encuentra inmersa en una prohibición de traslado, establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y siendo tal prohibición un mecanismo dispuesto por el legislador con miras a proteger el principio de sostenibilidad financiera, al evitar que una persona que no ostenta expectativa legítima alguna y que, en el presente caso, no ha cotizado al RPMPD por más de 10 años, pueda llegar a beneficiarse de las características propias del mismo. Formuló como excepciones de mérito las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021», «falta de legitimación en la causa» y la «innominada o genérica»².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora LUZ MARÍA TOBÓN DE URIBE del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de junio de 1997 a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

¹ Exp. Digital: «07. Contestación demanda Porvenir S.A. 11.05.2021-02. Contestación demanda Porvenir S.A.pdf» Págs. 1 a 26).

² Exp. Digital: «08. Contestación demanda Colpensiones 12.05.2021-02. Contestación demanda».

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a la fecha de su pago.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo cada una de ellas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

Para arribar a tal conclusión, la *a quo* concluyó que para la data que se dio el traslado de la demandante ya existía una obligación legal de suministrar a la actora la información necesaria para que existiera transparencia en la decisión, brindándole a la afiliada los elementos de juicio claros y objetivos según lo dispone el numeral 1° del artículo 87 del Decreto 1663 de 1993; que en el *sub examine* no encontró que la AFP acreditara el cumplimiento del deber de información, pues más allá del formulario de afiliación de la demandante, no existe otro elemento de juicio que permitiera entrever que se le brindó el deber de información al momento del traslado, además, que en el interrogatorio de parte la actora fue muy clara al indicar que no se le brindó ninguna información respecto de las características del régimen pensional y que la única información que brindada era que, en caso de fallecimiento, sus hijos iban a ser los beneficiarios, información insuficiente respecto de las características del RAIS, por lo que es evidente que ella desconocía las consecuencias de su traslado de régimen (min 40:20).

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, a través de su apoderada judicial, interpuso recurso de

apelación, manifestando en síntesis que, en el presente proceso la entidad que representa funge como tercero de buena fe. Señaló que se aparta de las consideraciones realizadas por la juzgadora de primer grado como quiera que el traslado efectuado por la demandante para el año 1997 fue libre, consciente y voluntaria y no adolece de ningún vicio del consentimiento, traslado que se efectuó bajo lo preceptuado en el Decreto 663 de 1993, por lo tanto para esa época no era condicionado para los fondos de pensiones establecer algún requisito adicional más allá de suscribir formulario de afiliación para vincular a sus potenciales afiliados. De igual manera, destacó que la actora es una consumidora financiera y por más de 25 años ha efectuado cotizaciones de manera libre a Porvenir S.A. y en los términos del Decreto 2241 de 2010 el cual establece los requisitos del régimen de protección al consumidor financiero y determina unas obligaciones que están en cabeza de los afiliados, como la de informarse adecuadamente sobre las condiciones del sistema general de pensiones, situación que implica una conducta omisiva de la demandante la cual no podría verse saneada dentro del proceso judicial y, en consecuencia, no es dable declarar la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información pues también la demandante no podría considerarse, en este caso, una parte débil dentro del negocio jurídico que suscribió con la AFP. Por último, solicitó tener en cuenta que la demandante ha cotizado al régimen privado de pensiones más de 1.150 semanas de cotización por lo tanto se ha considerado acreedora de recibirá una garantía de pensión mínima bajo las condiciones que le ofreció el RAIS (min 53:50).

Por su parte, Porvenir en recurso de apelación interpuesto, adujo que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó al RAIS, pues la decisión tomada por la parte actora la realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones o apremios de ninguna naturaleza; que suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con todos los requisitos de la ley aprobados por la entonces Superintendencia Bancaria. Ahora, en lo que respecta a la condena de devolver los gastos de administración y seguros previsionales, considera que no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia *ex tunc* en unos sentidos y en otros no, como quiera que se debe aplicar la devolución de esos conceptos en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia quien consideró que el efecto de la ineficacia es la de declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; y en ese sentido se tendría que los frutos obtenidos de la cuenta de ahorro individual de Porvenir tampoco se generaron, es decir, los rendimientos financieros. Adujo que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una condición diferente de la que se encontraría siendo parte del RPMPD, dado que recibiría dineros que no se generarían en este régimen pensional en clara contravención a lo que rige el artículo 897 del

C. Co.

Adicionalmente, que frente al traslado de los conceptos correspondientes a los gastos de administración, indicó que esos montos tienen por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS, es decir, desde 1997, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley, y no se encuentran ya en poder de la administradora, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados al RAIS por la demandante. En ese sentido, señaló que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de acuerdo con lo preceptuado por la Superfinanciera, entidad encargada de vigilar a las AFP, y que cuenta dentro de sus facultades las de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia. Por último, sobre la devolución de los porcentajes de los seguros de invalidez y sobrevivencia, que debe tenerse en cuenta que esos dineros fueron trasladados a la respectiva aseguradora contratadas por Porvenir, y con los cuales la demandante tuvo cobertura durante toda la afiliación, es decir, cumplieron con la finalidad de la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos (min 56:21).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Luz María Tobón de Uribe del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 9 de marzo de 1955 (pág. 1 índice 03 –subíndice 04.), ii) se afilió al ISS desde octubre de 1973 (índice 08 – subíndice 04.), y iii) que en abril de 1997 se trasladó al RAIS a través de Porvenir (pág. 9 índice 03 – subíndice 04).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que

radicó la demanda, el 27/08/20 (al índice 01 – subíndice 02.) tenía cumplidos 65 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Porvenir y Colpensiones (págs. 2 a 4, índice 03 – subíndice 04) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria, que deviene en efectos de ineficacia, del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites *«... debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...»*, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, es el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones

responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado de la actora, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría,

suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS, y mucho menos respecto a la pérdida del beneficio del régimen de transición teniendo en cuenta que la actora para el 1° de abril de 1994 ya contaba con 39 años de edad.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado que no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben

reintegrar el fondo privado accionado 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.

Razones expuestas que permiten concluir que los recursos de apelación no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por la *a quo* en sentencia del 30 de junio de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“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”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *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”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“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”.

En consecuencia, atendiendo que la condena de primer grado cubre todo valor recibido por el fondo administrador de pensiones en el RAIS, junto a sus rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, dineros que ordena devolver a Colpensiones debidamente indexados, desde la fecha de su causación hasta su pago, lo resuelto se encuentra acorde frente a lo anteriormente observado, razones que conllevan a confirmar la sentencia por la cual se conoce este asunto.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá el treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora LUZ MARÍA TOBÓN DE URIBE y demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en el sentido de DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

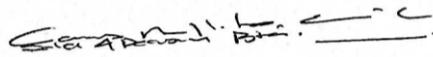
pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia antes enunciada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



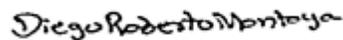
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **670d6a0ea159d03f0ebcc3223e57357344269fcb67c65c5e405cf7202d85a98**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-033-2013-00238-01

Demandantes: EDGAR ENRIQUE MUÑOZ MENDOZA Y RAMÓN
HELADIO RODRÍGUEZ BORBÓN
Demandadas: ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y la UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN
Y MANTENIMIENTO VIAL – UMV

AUTO

Se reconoce personería adjetiva, para actuar a la doctora Erika Viviana Ortiz Rodríguez identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.018.440.944 de Barranquilla, con T.P. No. 262.452 del C.S. de la J. como apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a proferir el siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá del primero (1°) de febrero de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

Los señores Edgar Enrique Muñoz Mendoza y Ramón Heladio Rodríguez Borbón, llamaron a Cortazar y Gutiérrez Ltda., Asfaltos La Herrera S.A.S. y a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento vial – UMV, mediante demanda que fue sustituida y, posteriormente, reformada, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre la Unidad

¹ 18/02/2022 Pasa Despacho

Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial -UMV- y el señor Edgar Muñoz, entre el 5/07/2011 al 24/01/2012 y Ramon Rodríguez del 03/07/2012 al 21/08/2012; en consecuencia, se condene a la UMV al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria a partir de la fecha de terminación del contrato, junto con las costas procesales. De igual manera, solicitaron se declare solidariamente responsables a Cortázar y Gutiérrez Ltda. y Asfaltos La Herrera S.A.S., como integrantes del Consorcio Luz, por actuar como intermediarias dentro de la relación laboral alegada.

Subsidiariamente, solicitaron se declare que el Consorcio Luz fungió como empleador de los demandantes y que la UMV debe responder de manera solidaria como beneficiario de la actividad laboral desempeñada por los actores.

Fundamentaron sus pretensiones en que la empresa Asfaltos La Herrera S.A.S. conformó el Consorcio Luz, asociación que el 10 de marzo de 2011 suscribió el Contrato No. 113 con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial -UMV-, entidad descentralizada del orden distrital, adscrita a la Secretaría de Movilidad de la Alcaldía Mayor de Bogotá, para obras de mantenimiento vial en Bogotá; indica la demanda que “en la práctica el Consorcio Luz suministró personal para el mantenimiento de la malla vial de Bogotá” a la UMV. Aseguraron que fueron contratados por el Consorcio Luz para la ejecución del contrato de obra civil 113 de 2011, por los periodos antes indicados en que tuvo vigencia cada contrato de trabajo y por el señor Ramon Rodríguez además solicita el pago de 21 días de salario adeudado. Quienes se desempeñaron en las labores de conductor de un dobletroque y ayudante de obra, respectivamente; actividades de los demandantes que contribuían a la reparación, ampliación y mantenimiento de la malla vial de Bogotá.

Detallaron que prestaron sus servicios de manera personal, cumpliendo un horario de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., con llamados de atención por este horario, supervisado por registro en planilla de sus nombres, hora de entrada y salida. Agregaron que había un grupo de representantes por el Consorcio Luz y otro conformado por los representantes de la UMV, quienes les daban instrucciones a los demandantes respecto de las actividades que debían realizar, además, que la infraestructura, instrumentos de trabajo y logística para el desarrollo de actividades fue suministrada por el Consorcio Luz y eventualmente por la UMV, esta entidad que tiene por función el manteniendo de las vías en Bogotá. Aseguraron que los señores Edgar Enrique Muñoz Mendoza y Ramón Heladio Rodríguez Borbón devengaron un salario promedio mensual de \$759.000 y \$566.700 respectivamente, que para las fechas de finalización de los contratos, el empleador no les canceló prestaciones sociales ni vacaciones, así como tampoco fueron afiliados al sistema de seguridad social, ni salarios debidos al señor Ramón Rodríguez. indicaron que realizaron reclamación ante la UMV, entidad que negó los pagos

reclamados por considerar que no correspondían a trabajadores de esta entidad².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, mediante apoderado judicial, contestó la demanda primigenia indicando que no existe la solidaridad deprecada, por cuanto, el contrato que se celebró con el Consorcio Luz no fue un contrato de obra, sino para actividades operativas complementarias al mantenimiento vial, con suministro de personal; que la entidad pública no es la beneficiaria de la obra, como sí es la comunidad y que el objeto de la Unidad de Mantenimiento Vial no es de suministro de personal, es decir, la labor contratada no es conexas con la actividad principal de la Unidad. Agregó que a la UMV no le consta ni reconoce ningún periodo laboral del demandante. Finalmente, señaló que el demandante no aparece relacionado en ninguna nómina, por servicios u honorarios, conforme se extrae de la liquidación del Contrato 113 de 2011, como tampoco aparece reflejado dentro de los valores certificados por el contratista Consorcio Luz, por lo que afirma que el actor no fue empleado de Cortázar y Gutiérrez Ltda. ni de Asfaltos La Herrera S.A.S. Como excepciones de fondo presentó las de «*falta de reclamación administrativa*», «*prescripción*», «*cobro de lo no debido*», «*inexistencia de la obligación*», «*temeridad y mala fe del demandante*», «*falta de legitimación por activa*» y «*la genérica*»³. Dentro del mismo término, presentó escrito de llamamiento en garantía contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Mauricio Cardoso Chochuelo, José del Carmen Cortázar Mora y Camilo Gutiérrez Prieto⁴.

Por su parte, Joan Sebastián Márquez Rojas, en calidad de Agente Liquidador de Asfaltos La Herrera, presentó escrito de contestación de la demanda en el que manifestó oponerse a todas las pretensiones de la demanda, aceptando los hechos relativos a la conformación del Consorcio Luz y la suscripción del contrato No. 113 entre el Consorcio y la UMV, respecto de los demás hechos adujo no constarles. Como excepciones de mérito formuló las de «*inexistencia de la obligación*», «*prescripción*» y la «*excepción de imposibilidad de exigir obligaciones cuando no se hizo parte dentro del trámite previsto en la Ley 1116 de 2006*»⁵.

Mediante auto adiado 14 de mayo de 2019 se admitió el llamamiento en garantía formulado por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial respecto de La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Mauricio Cardoso Chochuelo, José del Carmen Cortázar Mora y Camilo Gutiérrez Prieto; de igual forma, en ese proveído se aceptó el desistimiento de

² Exp. digital: «02.EXPEDIENTE.pdf» págs. 9 a 30

³ Exp. digital: «01.EXPEDIENTE.pdf» págs. 98 a 111

⁴ Exp. digital: «01.EXPEDIENTE.pdf» págs. 112 y 113

⁵ Exp. digital: «02.EXPEDIENTE.pdf» págs. 4 a 6

la demanda presentado por la parte actora respecto de Cortázar y Gutiérrez Ltda., así como se aceptó la reforma de la demanda, ordenando correr el traslado de rigor⁶.

La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en escrito de contestación de la reforma de la demanda y del llamamiento en garantía se opuso a que se declare que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial fue empleador de los demandantes, toda vez que no existió vínculo laboral, sin que proceda el pago de las acreencias solicitadas. Formuló como excepciones de mérito las de *«inexistencia de vínculo laboral entre la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (UAERMV) y los demandantes»*, *«inexistencia de solidaridad entre Asfaltos La Herrera S.A.S. y la UAERMV»*, *«ausencia de demostración de mala fe en el no pago oportuno de la liquidación»*, *«prescripción de las obligaciones laborales»*, *«pago»* y *«cobro de lo no debido»*.

En cuanto al llamamiento en garantía indicó que expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento e favor de Entidades Estatales No. 3000996 cuyo objeto es amparar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista/afianzado en virtud del contrato 113 de 10 de marzo de 2011, con vigencia entre el 10 de marzo de 2011 y 10 de marzo de 2015. Agregó que el Consorcio Luz fue el tomador de la póliza y como asegurado la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento, bajo los amparos de (i) cumplimiento del contrato, (ii) buen manejo del anticipo, (iii) pago de salarios prestaciones sociales y (iv) calidad del servicio. Como excepciones de mérito formuló las de *«independencia de la relación entre aseguradora y asegurado frente a la relación entre demandante y asegurado»*, *«prescripción de la acción derivada del contrato de seguro»*, *«ausencia de configuración del siniestro»*, *«límite del valor asegurado»* y la *«genérica»*⁷.

Por otra parte, mediante auto calendado 9 de octubre de 2019 se tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y Asfaltos La Herrera Ltda. en Liquidación Judicial⁸, y en proveído de fecha 16 de julio de 2021 se declaró ineficaz el llamamiento en garantía respecto de las personas naturales Mauricio Cardoso Chochuelo, José del Carmen Cortázar Mora y Camilo Gutiérrez Prieto⁹.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

⁶ Exp. digital: «02.EXPEDIENTE.pdf» págs. 50 y 51

⁷ Exp. digital: «02.EXPEDIENTE.pdf» págs. 62 a 82, 121 y 122.

⁸ Exp. digital: «02.EXPEDIENTE.pdf» pág. 53

⁹ Exp. digital: índice 05.

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia 1° de febrero de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre EDGAR ENRIQUE MUÑOZ MENDOZA, RAMÓN HELADIO RODRÍGUEZ BORBÓN y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL existió un contrato de trabajo entre el 5 de julio de 2012[sic] y 24 de enero de 2012, y entre el 3 de julio de 2012 y el 21 de agosto de 2012 respectivamente, en el que ASFALTOS LA HERRERA como integrante del CONSORCIO LUZ actuó como simple intermediario que, al ocultar su calidad, debe responder de manera solidaria por las condenas que se imponen a continuación.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL a pagar a EDGAR ENRIQUE MUÑOZ MENDOZA las siguientes sumas y conceptos:

Concepto	Desde	Hasta	Total
Cesantías	1/01/2012	24/01/2012	\$ 48.492
Int. Cesantías	1/01/2012	24/01/2012	\$ 372
Prima	1/01/2012	24/01/2012	\$ 48.492
Vacaciones	5/07/2011	24/01/2012	\$ 213.996

Indemnización Moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. correspondientes a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las acreencias laborales, del 25 enero de 2012 al 24 de enero de 2014 lo cual equivale a \$18'216.000, debiéndose pagar a partir del 25 de enero de 2015 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago se verifique.

TERCERO: CONMINAR a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, para que en ejecución de la póliza No. 3000996, asuma el pago de las sumas objeto de condena.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de las pretensiones condenatorias incoadas en contra de las demandadas por RAMÓN HELADIO RODRÍGUEZ BORBÓN.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y a ASFALTOS LA HERRERA como integrante del CONSORCIO LUZ respecto de las pretensiones condenatorias incoadas en su contra por RAMÓN HELADIO RODRÍGUEZ BORBÓN.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción respecto de las pretensiones incoadas por EDGAR ENRIQUE MUÑOZ MENDOZA.

SÉPTIMO: COSTAS de ésta instancia a cargo de las demandadas. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de SEIS (6) S.M.L.M.V., TRES (3) S.M.L.M.V. a cargo de la UMV y TRES (3) S.M.L.M.V. a cargo del CONSORCIO LUZ. SIN COSTAS para la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.”

El juez, consideró que dentro del plenario obran certificaciones expedidas por el Consorcio Luz donde consta que los señores Edgar Muñoz y Ramón Eladio laboraron por los periodos comprendidos entre el 5 de julio de 2011 hasta el 23 de enero de 2012 y del 3 de junio al 21 de agosto de 2012, respectivamente, bajo la modalidad de contrato de obra y labor, devengando el primero un salario de \$759.000 y el segundo de \$556.700. De igual manera, que se allegó póliza en la que aseguran como tomador al Consorcio Luz y como asegurada la UMV, póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales. Concluyó que entre la UMV y el Consorcio Luz se suscribió un contrato de obra civil el 10 de marzo de 2011, para la ejecución de actividades operativas, administrativas, complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad. Que en virtud de ese contrato de obra civil se dio la vinculación laboral de los demandantes con el Consorcio Luz, por contratos por obra y labor.

Estableció que Edgar Muñoz y Ramón Rodríguez ejecutaron labores en favor de la UMV, dentro de las obras que buscaban la reparación y mantenimiento de la malla vial de la ciudad de Bogotá, el primero en calidad de conductor y el segundo como ayudante de obra; que si bien estos demandantes reconocieron su vinculación a través de un contrato de trabajo con el Consorcio Luz, afirman que quien se beneficiaba de esas labores era directamente la UMV, conforme interrogatorios de parte y lo ratificado por los testigos Luis Guillermo Neira Quijano, Guillermo López, Wilmar Bilora y José Vicente Gutiérrez, quienes fueron enfáticos en ratificar que las instrucciones sobre la forma y el lugar donde debían desempeñar las funciones los demandantes eran dadas por los ingenieros inspectores de la Unidad de Mantenimiento Vial, personal que tenía unos uniformes con logo de la entidad demandada y portaban carnet que los identificaba como tal.

Encontró que las herramientas, insumos, vehículos y toda la maquinaria que se requería para la ejecución de la obra era propiedad de la UMV; que para los casos en los que se requería maquinaria pesada se debía informar a la UMV por los jefes de operaciones, funcionarios de la entidad, más no del Consorcio Luz, además indicó que los jefes de operaciones eran quienes hacían toda la logística para el suministro de los materiales que se necesitaban. De lo anterior, concluyó que las actividades y labores que se ejecutaron por los demandantes dependía de las órdenes e instrucciones de los ingenieros residentes o inspectores, integrantes de la UMV adicionalmente, que el Consorcio Luz no contaba con medios de producción o con los recursos propios para la ejecución del contrato, sino que la maquinaria, herramientas y

demás eran de suministradas por la UMV. Observó que el Consorcio Luz no ejerció subordinación respecto de sus trabajadores, tan sólo contrató el personal requerido para la obra; y lo que existió fue una gestión directa por parte del beneficiario, Consorcio que como intermediario colocó personal a disposición de la UMV, siendo esta la empleadora de los demandantes.

Señaló en cuanto a la relación laboral de Edgar Muñoz, que ésta terminó el 24 de enero del año 2012 y la demanda fue presentada el 16 de abril del año 2013, por lo que se interrumpió en debida forma ese fenómeno prescriptivo. Situación contraria para Ramón Rodríguez, en tanto su contrato finalizó el 21 de agosto del 2012, la reclamación administrativa fue presentada ante la UMV el 08 de junio del año 2018 y la reforma de la demanda en la que fue incluido como demandante fue radicada el 30 de octubre del año 2018, razón por la que declaró probada la excepción de prescripción al haber transcurrido más de 3 años desde la fecha de terminación del contrato y la fecha de reclamación de acreencias laborales.

Respecto al llamado en garantía, tuvo en cuenta que obra póliza de cumplimiento, en el que el tomador fue el Consorcio Luz para asegurar a la UMV, por los amparos laborales ante el contrato de obra 113 de 2011 suscrito por las mencionadas entidades y por las condenas impuestas en contra de la UMV (min. 8:33).

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que expuso su inconformidad por lo decidido frente al señor Ramón Rodríguez. Aseguró que no operó la prescripción ya que la radicación de la demanda, fue dentro de los 2 años siguientes a la terminación de la relación laboral, si bien Ramón Eladio se incluyó en la reforma de la demanda, la demanda ya se encontraban notificada, luego en la demanda inicial ni al momento de notificar la reforma de la demanda se generó la prescripción. Agregó que la reforma de la demanda se entiende como un instrumento que permite incluir nuevas personas, de lo contrario el legislador no hubiese dado la posibilidad de anexar pruebas, hechos y personas, por ello, la reforma de la demanda corre la suerte de la demanda inicial al no ser una demanda nueva, como también se ha reconocido. Así las cosas, solicitó se reconociera las acreencias laborales reclamadas e indemnización moratoria, la cual debe operar hasta que se verifique el pago de la totalidad de las acreencias laborales (min. 30:40).

El apoderado de la Unidad de Mantenimiento Vial presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, señalando que la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre esa entidad y el Edgar Muñoz no es acertada, como pruebas equivocadamente apreciadas, en tanto al contrato 113 de 2011, sustentó de la decisión de tener como simple

intermediario a la Unidad, se debe considerar que el acto de creación de la Unidad –Acuerdo 257 de 2006-, mediante el cual se transformó la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá en la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, asignándose funciones de mantenimiento y rehabilitación de la malla vial intermedia, rural y atención inmediata de todo el subsistema de esta cuando se presenten situaciones que dificulten la movilidad; entonces, se le permitió a la Unidad realizar estas funciones con personal propio o contratar con terceros esa rehabilitación vial, por lo que en ningún momento hubo mala fe en el obrar de la administración al contratar al Consorcio Luz mediante el Contrato de Obra 113 de 2011 para ejecutar esas funciones que legalmente eran permitidas, sin que hubiese intermediación y mucho menos con una empresa que no puede hacerlo, pues legalmente se tiene establecido que las únicas empresas autorizadas para intermediar legítimamente son las de servicios temporales y en las tres situaciones previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en consecuencia, el error de tener la simple contratación como una intermediación, pues la contratación fue con ocasión a un proceso de licitación pública.

Expresó que el *a quo* llegó a la conclusión que las instrucciones las daban operarios y supervisores de la UMV, sin embargo, cualquier entidad a través de los funcionarios mantiene la función de supervisor, dar cuenta que el contratista está cumpliendo, que el supervisor tiene la función de la interventoría con la que cuenta la entidad para verificar la adecuada ejecución del contrato, que se esté ejecutando en los términos pactados. Que lo que afirmaron los testigos es que los supervisores evidentemente tenían que estar identificados, tenían uniformes distintos de los que portaban los contratistas y el personal directivo del contratista, pues evidentemente tenían que ser distintos porque ellos tenían que identificarse como funcionarios de la entidad. Indicó que llegar a la conclusión que les daban órdenes e instrucciones a los demandantes por parte del personal de la UMV, mismo juez que utilizó la palabra *coordinación*, la cual debe de haber en toda ejecución de un contrato público como fue el 113 de 2011, lo que existió fue la ejecución de todas las obras. Además, que había volquetas que suministraba el distrito por cuanto la UMV tiene una planta en la que produce una parte del asfalto que utilizan los contratistas y esa es una de sus fuentes de ingreso tal como los sostuvieron los testigos, que eso no significa que esté encubriendo el incumplimiento del contratista, toda vez que el contrato terminó, porque el contratista incumplió al distrito las cargas laborales que estaban en el contrato, momento en el cual el Consorcio Luz aceptó los valores que le adeudaba al Distrito por la ejecución del contrato fueran utilizados para pagar las obligaciones laborales, lo que demuestra buena fe de la Unidad.

Indicó que lo referido sobre las herramientas no tiene asidero, tampoco en el dicho de los trabajadores que en su momento laboraron en el Consorcio Luz, no hay especificidad a cuáles herramientas hacen referencia. En cuanto a la condena a la indemnización moratoria, la intermediación nunca existió,

además que en su momento la contratación se hizo dentro del marco de las funciones que tiene la UMV que le permite contratar con terceros, segundo, que la ejecución fue el cumplimiento de las obligaciones que tienen los funcionarios de cualquier entidad, como supervisar que el contrato se ejecute de la manera pactada, y tercero que la buena fe se encuentra demostrada porque cuando el contratista empezó a incumplir obligaciones laborales, la entidad destina unos dineros que le debía el contratista para al pago de esas obligaciones (min. 34:33).

El apoderado de Asfaltos La Herrera presentó recurso de apelación, insistió en la prescripción propuesta, según artículo 488 del CST, que el artículo 94 del CGP indica que la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción siempre que el auto admisorio de aquella, se notifique al demandado dentro del término de un año contado a partir del día siguiente a las notificaciones de las providencias, frente al señor Edgar Enrique Muñoz Mendoza los derechos laborales se hicieron exigibles desde el 24 de enero de 2012, fecha en la cual terminó su relación laboral; visto eso se tiene que la demanda fue admitida el 28 de mayo de 2013 y notificada a Asfaltos La Herrera hasta el 29 de junio de 2018, es decir, 5 años después de admitida, tesis acogida en otro despacho, por tanto superó el término de que trata el artículo 94 del CGP. Que la sociedad se encuentra en liquidación y, en aras de garantizar los derechos laborales de los demandantes, no encuentra sentido condenar a una sociedad que este año seguramente desaparecerá como persona jurídica y los dineros serían inciertos en su recaudo (min 56:48).

La apoderada de la Previsora Compañía de Seguros S.A. interpuso recurso de apelación frente al demandante Edgar Enrique Muñoz, indicó que según requisitos del artículo 23 del CST, respecto de la Unidad demandada no se cumplen, pues a pesar que el juez de instancia resaltó que las instrucciones dadas a los trabajadores provenían de los ingenieros inspectores o residentes de la entidad, esto no es suficiente para determinar que existe una subordinación, es claro que tratándose de un contrato estatal habrá funcionarios supervisando la obra, que esa supervisión es la encargada de vigilar el cumplimiento del contrato y eso implica que en ocasiones deberá asistir a la obra y eventualmente impartir instrucciones sin que ello implique que exista subordinación; que si se admite ese argumento todos los contratos estatales están desconociendo la ley laboral porque de esa forma se ejecutan los contratos de obra, que en este caso, a pesar del dicho de los testigos, no se encuentra acreditado que la UMV ejerciera o tuviera tal facultad respecto de los trabajadores, más allá de la supervisión. Señaló que la indemnización moratoria no es de imposición automática, debe verificarse si el empleador obró con mala fe, situación que no se encuentra acreditada, esto es que el Consorcio Luz, empleador del actor, haya obrado de mala fe en el no pago oportuno de la liquidación.

Indicó que no se ha configurado siniestro a la luz de la póliza proferida por la

Previsora, el artículo 1072 del Código de Comercio denomina siniestro a la realización del riesgo asegurado, y para determinar cuál es ese riesgo en cada caso se debe examinar la definición de los amparos afectados, en este caso, el clausulado general de la póliza expedida por Previsora señala que el amparo de pago de salarios y prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a que está obligado el contratista. Que en esos términos el riesgo asegurado es el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista con el personal que se utilice para la ejecución, es decir, que la póliza en realidad lo que está amparando es el supuesto de solidaridad de que trata el artículo 34 del CST y en este caso lo que ocurrió fue una situación distinta porque se declaró que el verdadero empleador es la Unidad, riesgo que no está amparado por la póliza (min. 1:00:54).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación, establecer si entre los demandantes y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial existió un contrato de trabajo en los extremos y términos señalados por el a quo y si, como consecuencia de lo anterior, la sociedad Asfaltos La Herrera y La Previsora S.A. deben responder por las condenas impuestas, la primera de manera solidaria y la segunda de ellas con ocasión a la póliza de seguro constituida.

V. CONSIDERACIONES

En atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, sobre la cuestión acerca de la existencia de los contratos de trabajo entre los demandantes con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial entre el 5 de julio de 2011 y el 24 de enero de 2012, y entre el 3 de julio de 2012 y el 21 de agosto de 2012, respectivamente, la naturaleza jurídica de la demanda, que según Acuerdo 010 de 2010, que en su momento reformó sus estatutos, indica que es una Unidad Administrativa Especial del orden distrital del Sector Descentralizado, de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, adscrita a la Secretaría Distrital de Movilidad, en su artículo 23 estableció la clasificación y vinculación del personal indicando que *«[l]as personas naturales vinculadas a la planta de empleos de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, se clasifican como empleados públicos y trabajadores oficiales. [...] Los empleados públicos se vincularán mediante resolución administrativa. Los trabajadores oficiales se vincularán mediante la*

celebración de contrato de trabajo, el cual deberá constar siempre por escrito.»¹⁰

En tal sentido, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 establece que para que exista contrato de trabajo se requiere en concurrencia la (i) prestación personal del servicio, (ii) continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, y (iii) un salario como retribución. A su vez el artículo 3º estipula que «...una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera...».

El artículo 20 de este Decreto señala que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y, que corresponde al empleador desvirtuar la presunción legal en mención. Así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, verbigracia, por ejemplo, en sentencia SL2858-2022, donde señaló que cuando se discute la existencia de un contrato realidad, corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio, mientras que la accionada tiene la carga de desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

De conformidad con las normas y jurisprudencia aplicable al caso de autos, corresponde señalar que los demandantes solicitaron se declarará la existencia de un contrato de trabajo con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial por los periodos comprendidos entre el 5 de julio de 2011 hasta el 23 de enero de 2012 con Edgar Enrique Muñoz Mendoza; y el 3 de julio al 21 de agosto de 2012 con Ramón Heladio Rodríguez Borbón.

En el *sub lite* no fue objeto de controversia que el Consorcio Luz está conformado por las sociedades Cortázar y Gutiérrez Ltda. y Asfaltos La Herrera S.A.S., asociación a que su vez suscribió con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial – UMV, el contrato de obra civil No. 113 de 10 de marzo de 2011, cuyo objeto era la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarios para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la unidad y actividades requeridas en las sedes operativas de la Unidad, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego

¹⁰ Índice 01. EXPEDIENTE pág. 153 - 166

de condiciones, los apéndices y la propuesta presentada, lo que se corrobora con las documentales que reposan en el plenario al índice 01 págs. 32 a 42. Ahora bien, para resolver parte actora aportó los siguientes documentales:

- Certificación expedida por el Consorcio Luz de 6 de marzo de 2012, suscrita por la jefe de personal Lina Guzmán Molina, donde hace constar que el señor Edgar Enrique Muñoz Mendoza laboró en el Consorcio Luz, mediante contrato de trabajo por la duración o labor determinada con el contrato 113 de 2011 suscrito con la UMV, desde el 5 de julio de 2011 hasta el 23 de enero de 2012, desempeñando el cargo de Conductor de Dobletroque, devengando un salario de \$759.000, más auxilio de transporte y horas extras (pág. 20 índice 01).
- Certificación expedida por el Consorcio Luz de fecha 21 de agosto de 2012, suscrita por la jefe de personal Lina Guzmán Molina, donde hace constar que el señor Ramon Eladio Rodríguez laboró en el Consorcio Luz, mediante contrato de trabajo por la duración o labor determinada con el contrato 113 de 2011 suscrito con la UMV, desde el 3 de julio de 2012 hasta el 21 de agosto de 2012, desempeñando el cargo de Ayudante de Obra, devengando un salario de \$566.700, más auxilio de transporte y horas extras (pág. 47 índice 02).

De igual manera, dentro del trámite procesal se recibieron los siguientes interrogatorios de parte y testimonios:

El señor Edgar Enrique Muñoz Mendoza en interrogatorio de parte rendido, manifestó que suscribió contrato de trabajo con el Consorcio Luz o con alguna de las empresas que lo conforman, para desempeñar el cargo de conductor y que dentro de sus obligaciones estaba las de manejar y descargar el carro, funciones que fueron explicadas por alguna de las personas con las que suscribió el contrato, quien le explicó al declarante que el trabajo se basaba en cargar, descargar, conducir e ir a los sitios donde el Consorcio Luz requería; consorcio que le pagó el salario durante la vigencia del contrato de trabajo. Explicó que el Consorcio Luz le terminó el contrato por cuanto el actor tuvo una novedad relacionada con unos cables de teléfono que tumbó con el carro que tenía a cargo y que el Consorcio Luz le demoró entre 6 meses a 1 año el pago de la liquidación, además que la misma no fue cancelada en debida forma por cuanto le terminaron el contrato sin justa causa (min. 52:32 índice 11. Audiencia art. 77 y 80).

Por su parte, el señor Ramón Heladio Rodríguez al ser interrogado por las actividades que desempeñó con posterioridad al año 2010, informó que, en principio, trabajó para el Consorcio Eco y Luz y, en el año 2012, laboró en el Consorcio Luz, empleador que no le pagó ni los sueldos ni la liquidación. Aclaró que suscribió un contrato de trabajo con el Consorcio Luz sin recordar el tipo de contrato, que el último contrato estuvo vigente entre julio y agosto de 2012

y que el Consorcio les retiró el contrato. Posteriormente, señaló que trabajó para la UMV pues cumplía sus funciones a favor de esa unidad y que el Consorcio Luz en realidad era un contratista. Explicó que desempeñó el cargo de ayudante, cumpliendo funciones para el mantenimiento y renovación de vías en Bogotá, para lo cual realizaba actividades de pica y pala, extendiendo material, así como, nivelaba las vías y las calles para que las maquinas compactaran el piso y se pudiera extender el asfalto. Manifestó que tenía varias personas que le daba órdenes como los ingenieros de la Unidad, toda vez que una vez llegaba a la planta de encuentro ahí esperaban la orden respectiva, en la obra que en ocasiones duraba 1 o 2 semanas, como también había partes en el que iba 1 o 2 días, finalmente adujo no recordar de los contratos suscritos entre sus empleadores y la UMV (min 1:25:11 al índice 21. AUDIENCIA ART. 80 - 23.11.2021).

Rindió declaración el señor Luis Guillermo Neisa Quijano quien manifestó que entre el 2011 y 2012 laboró para el Consorcio Luz, periodo en el que conoció a los demandantes Muñoz Mendoza y Rodríguez Borbón quienes se desempeñaron en los cargos de conductor y ayudante de obra, respectivamente. Que con el primero de ellos trabajó de julio de 2011 a enero de 2012 y con el segundo de julio a agosto de 2012 y que los contratos celebrados eran de 3 a 6 meses por terminación de la obra, que por esa razón recuerda esas fechas. Indicó que las instrucciones las recibían de los inspectores en general de la Unidad de Mantenimiento Vial, entidad encargada en suministrar las herramientas, la infraestructura y que se encargaba de la logística de toda actividad a desarrollar; que eso lo sabían porque la herramienta, volquetas, vehículos y toda la maquinaria tenía logotipo y demás distintivos de la UMV y de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Expresó que la UMV tiene conductores, vigilantes, operarios y ayudantes en su planta de personal. Adicionalmente, aseguró con el Consorcio Luz al comienzo les cumplió con el pago de los salarios con todo, sin embargo, que antes de finalizar los contratos les quedaron debieron unas acreencias. Preciso que los inspectores e ingenieros de la UMV, quienes les daban órdenes, tienen un distintivo como por ejemplo usaban un overol color caqui, y que eran los encargados de dar órdenes de los trabajos a realizar a los trabajadores del Consorcio Luz (min 11:00 al índice 21. AUDIENCIA ART. 80 - 23.11.2021).

Seguidamente se recibió el testimonio de Gilberto López Aguirre quien afirmó haber conocido a Edgar Muñoz y Ramón Rodríguez toda vez que ellos fueron sus compañeros de trabajo, quienes se desempeñaron como conductor y ayudante de obra respectivamente, entre el 2011 y 2012 – Edgar Muñoz - y entre julio a agosto de 2012 – Ramón Rodríguez-; y que ellos estaban trabajando con el Consorcio Luz por contrato a 3 o 6 meses. Explicó que el declarante, en calidad de inspector de los demandantes, anotaba los nombres de los que se presentaban a la obra todos los días, que las órdenes en general las daban los señores de la UMV quienes tenían un logotipo que decía UMV y Alcaldía Mayor de Bogotá. Agregó que las herramientas, insumos y

maquinaria las suministraba la UMV, y que la infraestructura o lugar donde realizaban sus labores era en la Av. 3 # 34-83 donde quedaba la planta de personal, sitio donde la UMV guardaba toda la maquinaria e insumos, y que las funciones en general eran realizadas para el mantenimiento de la malla vial de Bogotá, que era a lo que se dedicaba el Consorcio Luz (min 25:27 *ibídem*).

A su turno, el testigo Wilmer Antonio Vilora Páez informó que ha tenido vínculo con el representante legal de las empresas Asfaltos La Herrera, Consorcio Eco y Consorcio Luz, último en el que prestó sus servicios en el año 2012. Preciso que conoce a Edgar Muñoz y Ramón Rodríguez por cuanto ellos prestaron también sus servicios para el Consorcio Luz como conductor y auxiliar en obras civiles, lugar donde trabajaron juntos por cuanto a todos los trabajadores les notificaban cuando el contrato iniciada y cuando se terminaba, entonces, que todos salían al mismo tiempo notificados por escrito. Destacó que recuerda a Ramón por cuanto el declarante era oficial de la obra, en consecuencia, que cuando él necesitaba un auxiliar de la cuadrilla a la que pertenecía el demandante, les solicitaba autorización a los jefes de la UMV para que le prestaran un ayudante, como el señor Ramón, resaltando que el declarante como oficial no podía usar una persona si no lo autorizaba un inspector o ingeniero residente de la UMV. Indicó que esa Unidad era la que colocaba las herramientas para desarrollar las actividades, así como el lugar donde llegaban los trabajadores y les daban las instrucciones a seguir, punto de salida que quedaba ubicado en la 3° con 34, donde la UMV tiene la planta de asfalto. Agregó que había un jefe de operaciones que se llamaba Santiago Guerrero quien trabajaba para la UMV, y era la persona encargada de autorizar la entrega de material para cualquier obra, de hacer toda la logística para el suministro de todos esos materiales y llevarlos al lugar donde se requería, resaltando que, en cuanto a Ramón Rodríguez, él como auxiliar de obra no podía tomar ninguna decisión si no le informaba al declarante, porque el testigo como jefe cuadrillero, contratado por el Consorcio Luz, debía informar al inspector a cargo (min 39:08 *ibídem*).

En declaración rendida por el señor José Vicente Gutiérrez Cortés señaló que tuvo vínculo laboral como ayudante y operador de maquinaria en Asfaltos La Herrera, Consorcio Eco y Consorcio Luz. Informó que conoció a Edgar Muñoz por cuanto fueron compañeros de trabajo, pues el declarante en el año 2011 fue operador en el Consorcio Luz, explicando que él fue vinculado para prestar servicios a la UMV a través del Consorcio Luz y que para en ese entonces el señor Edgar Muñoz era conductor y Ramón Rodríguez ayudante de obra; que siempre se reunían en la Calle 3 # 34 – 83 lugar donde quedaba la planta de personal de la UMV. Detalló que la maquinaria empleada en las obras la suministraba la UMV, la cual tenía el logotipo de la Alcaldía Mayor de Bogotá, además, mencionó que la actividad que desarrollaba el Consorcio Luz era arreglar vías, pavimento, resobar y mejoramiento de estas. Finalmente, anotó que no sabía quién les daba las órdenes a los demandantes por cuanto ellos

se desempeñaban en labores diferentes a las realizadas por el declarante (min 1:02:20 *ibíd.*).

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPTSS, los señores Edgar Enrique Muñoz Mendoza, como conductor, y Ramón Heladio Rodríguez Borbón, ayudante de obra, tuvieron vinculación laboral con el Consorcio Luz por los periodos comprendidos entre el 5 de julio de 2011 hasta el 24 de enero de 2012 y entre el 3 de julio hasta el 21 de agosto de 2012, respectivamente, mediante contratos de trabajo por duración de la obra o labor determinada, del contrato 113 de 2011 suscrito entre el mencionado Consorcio y la Unidad Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, tal como se colige de las certificaciones anteriormente mencionadas; aspectos anteriores que fueron aceptados por los demandantes en las declaraciones que rindieron ante el fallador de primer grado.

Al respecto, es de precisar que deben tenerse como hechos ciertos los consignados en cualquier constancia que expide el empleador sobre los temas relacionados con el contrato de trabajo, por lo que en el *sub examine*, las certificaciones lejos de desvirtuar la prestación personal del servicio de los demandantes a favor del Consorcio Luz, realmente la ratifica, máxime si se tiene en cuenta que las mismas, además que no fueron desconocidas, contienen membrete, logo y sello del Consorcio Luz, por lo tanto cabe decir que no hay razón alguna para dudar de la veracidad contenidas en ellas.

Ahora, si bien en las certificaciones laborales enunciadas se indicó que los actores se vincularon en razón del Contrato No. 113 de 2011 suscrito entre la Unidad Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y el Consorcio Luz cuyo objeto era la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarios para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la unidad y actividades requeridas en las sedes operativas de la Unidad, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, los apéndices y la propuesta presentada, lo cierto es que dentro del plenario no se acreditó que los demandantes hayan prestado sus servicios directamente a la UAERMV, como se solicitó en las pretensiones declarativas principales contenidas en el libelo demandatorio.

Lo anterior por cuanto, en las declaraciones dadas por los testigos Luis Guillermo Neisa Quijano Gilberto López Aguirre Wilmer Antonio Vilora Páez José Vicente Gutiérrez Cortés al unísono manifestaron que los inspectores y personal de la UMV eran los que daban las órdenes a los demandantes, esta situación *per se* no es suficiente para desvirtuar la relación laboral entre los actores y el Consorcio Luz pues, se itera, fueron los mismos demandantes quienes en sus interrogatorios de parte indicaron que suscribieron contrato de trabajo con el Consorcio Luz, asociación que era la encargada de pagar sus

acreencias laborales, acreditándose así uno de los elementos esenciales contenidos en el artículo 23 del CST, como es el salario como retribución del servicio.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que fue el Consorcio Luz quien dio por finalizado los contratos de trabajo suscritos con cada uno de los demandantes, situación que se corrobora con lo manifestado por los testigos quienes adujeron que el Consorcio Luz celebraba contrato entre 3 a 6 meses y que los mismos los daba por finalizado el mismo día a todos los trabajadores, supuestos que ratifican el poder subordinante del Consorcio frente a los demandantes.

Ahora, en cuanto a las *órdenes* que aseguran los demandantes haber recibido por parte del personal de la UMV, debe tenerse en cuenta que tal como lo afirmaron los declarantes, el Consorcio Luz se encargaba de realizar las funciones para el mantenimiento de la malla vial de Bogotá, esto con ocasión al Contrato No. 113 de 2010 suscrito con la Unidad Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, en consecuencia, era obligación de esta entidad en virtud de la Ley 80 de 1993, demás normas concordantes y del principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger tanto los derechos de la propia Entidad como los del contratista y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; supervisión que consiste en el seguimiento a las obligaciones contractuales técnicas, administrativas, financieras y demás que se consideren pertinentes para el cumplimiento del objeto del contrato, exigencia que necesariamente debe ser realizado por el personal idóneo asignado por la entidad, en consecuencia, al no haber demostrado la prestación personal del servicio los demandantes a la entidad demandada, no operó a favor de los demandantes la presunción del artículo 20 de la Ley 2127 de 1945.

En esa medida, no se acreditó que el Consorcio Luz fungiera como un simple intermediario y la Unidad Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial como el verdadero empleador de los mencionados demandantes, de ahí, que tampoco sea posible endilgar la solidaridad en el pago de las acreencias adeudadas a Edgar Enrique Muñoz Mendoza y Ramón Heladio Rodríguez Borbón a las sociedades que conforman el Consorcio Luz, como se pretende de manera principal, habida consideración de que el verdadero empleador de los actores fue el Consorcio Luz conformadas por las sociedades Cortázar y Gutiérrez Ltda. y Asfaltos La Herrera S.A.S. En Liquidación.

En ese sentido, conforme las pretensiones subsidiarias y de acuerdo con las probanzas previamente señaladas, luce palmaria la existencia de la relación laboral entre (i) Edgar Enrique Muñoz Mendoza y el Consorcio Luz entre el 5 de julio de 2011 al 24 de enero de 2012 y (ii) Ramón Heladio Rodríguez Borbón entre el 3 de julio al 31 de agosto de 2012.

Concluido lo anterior, debe esta Sala de Decisión analizar el tema relacionado con la responsabilidad de las sociedades que constituyeron el Consorcio Luz frente a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo y las erogaciones laborales aquí reclamadas, a fin de zanjar las dudas sobre la necesidad de vincular a todas las personas jurídicas para resolver el proceso de la referencia.

Al respecto, se recuerda que no es objeto de reparo que el Consorcio Luz está integrado por las sociedades Cortázar y Gutiérrez Ltda. y Asfaltos La Herrera S.A.S., se debe precisar que no es tema de debate en esta instancia judicial que la parte actora desistió de la demanda frente a Cortázar y Gutiérrez S.A.S. (índice 02. pág. 8), el cual fue aceptado mediante auto del 14 de mayo de 2019 (págs. 50 y 51 *ibidem*), empero a la luz del problema jurídico planteado, se deberá establecer si los integrantes de un consorcio se consideran litisconsortes necesarios, y en esa medida, si se requería que el contradictorio estuviera integrado también por la empresa Cortázar y Gutiérrez S.A.S. para proceder a estudiar las pretensiones de la litis, o contrario sensu, su intervención es facultativa, para ello, se debe recordar que la naturaleza jurídica de un Consorcio corresponde a una agrupación de sujetos que no dan origen a una persona nueva, por lo que la capacidad sigue estando en cabeza de quienes lo conforman y no cuenta con personería jurídica propia, situación que imposibilita su comparecencia como parte dentro un proceso judicial, y así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL4470 de 2014, en la cual consideró lo siguiente:

“El artículo 7º de la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, definió el consorcio en los siguientes términos: *«Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman»*; de acuerdo con esa disposición legal, el consorcio no forma una persona jurídica independiente de las personas que lo integran, lo cual se predica igualmente de las uniones temporales.” (Subrayas fuera del texto original)

De igual forma, con relación a la capacidad de los consorcios para comparecer en juicio, la misma Corporación en sentencia con radicación 28783 de 2008, precisó:

“De otro lado y, al margen, la misma expresión *“contra una persona que no tenía capacidad para ser parte”*, comporta un gran desacierto en lo concerniente a la figura de los presupuestos procesales (capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso, demanda en forma y competencia) ya que, **toda persona** (natural o jurídica, menor o mayor de

edad, normal o demente, etc.), puede ser parte en un proceso, por tratarse de un sujeto de derechos, que puede ejercer éstos o contraer obligaciones. Cosa distinta es que pueda comparecer por sí misma o a través de representante, presupuesto correspondiente a la capacidad para comparecer al proceso. Al respecto, es el propio artículo 44 del CPC, que, paradójicamente, cita el ad quem, el que en forma clara consagra que “**Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso**””. (Negrilla del texto original)

Por lo anterior, es claro que frente a Consorcios deben acudir al proceso a través de las personas naturales o jurídicas que lo integran de manera individual, según corresponda, pues, se itera el consorcio no tiene capacidad para ser parte dentro del juicio.

Ahora bien, una vez establecida la capacidad de los consorcios, procederá la Sala de Decisión a determinar si la demanda debía ser dirigida contra todos los integrantes o haber seguido contra ellos (litisconsorcio necesario artículo 61 del CGP) o si podía ser sólo respecto de uno o algunos (litisconsorte facultativo artículo 60 ibidem), para lo cual es necesario recordar lo consagrado en el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 2160 de 2021 el cual consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 7o. ENTIDADES A CONTRATAR

6o. Consorcio:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.” (Subrayas fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, las personas que integran el consorcio tienen una responsabilidad solidaria, lo que da cabida a que se convoque al litigio a uno solo de los miembros del consorcio, en los términos del artículo 1571 del Código Civil, el cual su turno establece que «*El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división*», disposición que ha sido objeto de análisis por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3672 de 2019, reiterada la SL282 de 2020, en las cuales consideró lo siguiente:

“Tal y como lo señala el censor, del precepto antes mencionado, se desprende que la responsabilidad entre los miembros que componen el

consorcio es solidaria en lo concerniente a: *«todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato»*, por ende, bien podía convocarse al juicio a uno solo de los miembros del consorcio o a los dos.

En efecto, el artículo 1568 del CC., establece que la solidaridad puede provenir de la *«convención, del testamento o de la ley»*, como ocurren en este evento, en el que es por mandato legal, lo que implica según este mandato que *«puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda»*.

En armonía con lo anterior, el 1571 del CC., al regular la solidaridad pasiva, dice que en virtud de la misma *«El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división»*, tal y como ocurre en el presente evento, que como se explicó, de acuerdo con el mandato del numeral 1, del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, responden los integrantes del consorcio de manera solidaria, por tanto, no estaba obligado el libelista a convocar a las dos personas naturales al litigio, sino que bien podía escoger a alguno de ellos, sin que ese fuera motivo para absolver, y mucho menos para el fallo inhibitorio que profirió el juzgador.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la Corporación que los integrantes del consorcio no constituyen un litisconsorcio necesario sino uno facultativo, lo que conlleva a que el desistimiento presentado respecto de la sociedad Cortázar y Gutiérrez S.A.S. no imposibilitaba continuar con el proceso con una sola de las personas jurídicas que integrara el Consorcio Luz – Asfaltos La Herrera S.A.S., como en efecto lo hizo el juzgado de primer grado.

Ahora previo a verificar si procede el pago de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria a partir de la fecha de terminación del contrato de los demandantes, conforme el punto de reparo expuesto por el apoderado de Asfaltos La Herrera, se entrará a verificar la excepción de prescripción formulada por la demandada Asfaltos La Herrera S.A.

De conformidad con los extremos temporales de las relaciones laborales declaradas, se tiene que la prescripción de la acción judicial comenzó a correr desde la fecha de terminación de los contratos de trabajo, esto es, 24 de enero de 2012 para Edgar Enrique Muñoz Mendoza y el 31 de agosto de 2012 para Ramón Heladio Rodríguez Borbón.

Al respecto y con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, se habrá de remitir esta Sala de Decisión, a lo dispuesto por el artículo 488 del CST, que sobre el término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, indica que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, con la

posibilidad de que se interrumpa dicho plazo mediante la reclamación escrita de una prestación o derecho debidamente determinado (CSJ SL1052-2021).

En efecto, el art. 489 del CST, sobre el tema de la interrupción de prescripción reza:

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”

Por su parte, el artículo 151 del CPTSS dispone en su aparte pertinente, que *«el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el [empleador], sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual»*.

Bajo este panorama normativo, se advierte que en el caso del señor Edgar Enrique Muñoz Mendoza la relación laboral estuvo vigente entre el 5 de julio de 2011 al 24 de enero de 2012 siendo interpuesto la demanda el 16 de abril de 2013 tal como consta del acta de reparto visible al índice 01 pág. 44, interrumpiendo por una sola vez el término trienal con la radicación de esta. No obstante, pese que el auto que admitió la sustitución de la demanda data del 10 de abril de 2014, lo cierto es que solo hasta el 8 de octubre de 2018, con el escrito de contestación de la demanda presentada por el Agente Liquidador Asfaltos La Herrera S.A.S., es que quedó debidamente notificado ese extremo pasivo por conducta concluyente del auto admisorio de la demanda (índice 02 págs. 4 a 6), transcurriendo más de un año.

En consecuencia, y en atención a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP aplicable en el presente asunto por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, la presentación de la demanda no pudo interrumpir el término de prescripción trienal establecido en los citados artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el cual siguió corriendo y operó con todas sus consecuencias, pues, se reitera, desde la fecha de la terminación del vínculo laboral – 24 de enero de 2012- hasta la fecha en que se notificó efectivamente el auto admisorio de la demanda al empleador y última de las convocadas -8 de octubre de 2018-, transcurrieron más de 6 años y 8 meses, sin que se evidencie en el presente asunto causal de justificación alguna por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado, en tanto se trata de una mora excesiva cuyo único responsable es la parte actora.

Al respecto, es de tener en cuenta que, como lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1533-2018, aunque el juez tiene el poder de dirección del proceso, las partes deben asumir ciertas cargas procesales y por tanto el juez no puede hacerse responsable de los términos

en que fue presentada la demanda, ni frente a las pretensiones o a quien se convoca como demandado, pues ello hace parte del poder dispositivo que le asiste a la parte demandante frente al derecho de acción, máxime si se tiene en cuenta que, en el caso en marras, mediante autos calendados 13 de enero y 11 de junio de 2015 se requirió al apoderado de la parte actora para que surtiera el trámite de notificación efectivo conforme lo dispone el artículo 29 del CPTSS, dirigido a la demandada Asfaltos La Herrera S.A.S (al índice 01 págs. 93 y 122); y, posteriormente, luego de haberse efectuado los trámites de notificación, en proveído adiado 26 de noviembre de 2015 se ordenó a la parte demandante para que surtiera el emplazamiento de la sociedad demandada referida (pág. 150 *ibidem*) sin que, a la fecha de notificación de la demandada, la parte actora hubiese acreditado la publicación del edicto requerido.

Ahora tampoco se puede entender que con la reclamación aportada dentro de las diligencias presentada al Consorcio Luz, donde figura el demandante en la relación de trabajadores solicitando el pago de las acreencias laborales (al índice 02 págs. 31 a 37) haya interrumpido nuevamente el término prescriptivo, en tanto que dicha reclamación fue entregada el 22 de mayo de 2015, cuando el extremo final del contrato de trabajo se indica el 24 de enero de 2012, recuérdese que el contrato de trabajo no se demuestra contra la UMV, por ello frente al empleador, Asfaltos La Herrera S.A.S. como integrante del Consorcio Luz, operó la prescripción de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria que pudieren haberse causado durante la ejecución o a la terminación de la vinculación laboral del señor Edgar Enrique Muñoz Mendoza.

Por otra parte, en lo que respecta al señor Ramón Heladio Rodríguez Borbón se tiene que la relación laboral estuvo vigente entre el 3 de julio hasta el 31 de agosto de 2012, por lo que contaba con tres años a partir de la fecha de la finalización del contrato de trabajo para interrumpir el término prescriptivo o presentar la demanda solicitando el pago de las acreencias laborales e indemnización aquí reclamada. Empero, revisadas las diligencias, no obra reclamación presentada al Consorcio Luz, advirtiéndose que este trabajador no figura en la relación de trabajadores que elevaron la petición (al índice 02 págs. 31 a 37), por lo que, teniendo en cuenta que el vínculo laboral feneció el 31 de agosto de 2012 y la demanda se presentó el 30 de octubre de 2018, según se advierte en el escrito de reforma de demanda en el cual se integra como extremo activo (págs. 9 a 30 *ibidem*), para este demandante también operó el fenómeno jurídico de la prescripción frente a los salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria reclamados en las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, bajo las anteriores consideraciones y postulados normativos, esta Sala de Decisión declarará probada la excepción de prescripción formulada por Asfaltos La Herrera S.A.S. en consecuencia deberá absolverse a esta sociedad, como empleador de los actores, de todas y cada una de las

pretensiones incoadas en su contra. En consecuencia, se absolverá a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y a la Previsora S.A. Compañía de Seguros como quiera que las pretensiones en contra iban encaminadas en que, una vez se declarara subsidiariamente al Consorcio Luz como empleador de los actores, se condenara a la UMV de manera solidaria de las erogaciones impuestas en el proceso de la referencia.

Sin costas en la alzada. Las de primera se revocarán parcialmente en la medida de absolver a la UMV de las mismas.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 1° de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, en donde son demandantes los señores EDGAR ENRIQUE MUÑOZ MENDOZA y RAMÓN HELADIO RODRÍGUEZ BORBÓN y demandadas ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL y como llamada en garantía PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, para en su lugar:

“PRIMERO: DECLARAR que entre los demandantes EDGAR ENRIQUE MUÑOZ MENDOZA y RAMÓN HELADIO RODRÍGUEZ BORBÓN y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrante del CONSORCIO LUZ, existió un contrato de trabajo vigente entre el 5 de julio de 2012 hasta el 24 de enero de 2012, y el 3 de julio de 2021 hasta el 21 de agosto de 2012 respectivamente.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de las pretensiones condenatorias incoadas en contra de las demandadas por EDGAR ENRIQUE MUÑOZ MENDOZA.

TERCERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones condenatorias incoadas por los demandantes a ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., UNIDAD ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, así como, ABSOLVER a la llamada en garantía PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.”

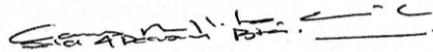
SEGUNDO: REVOCAR el ordinal séptimo de la sentencia apelada, para en su lugar indicar que las costas en primera instancia corresponden a los demandantes.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

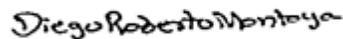
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9effa2e67def485800a14f45d621087b4bf142d015c55d44e4fb79b49ba7d268**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

31 de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por HORACIO RENE ZAMORA QUIMBAYO contra BANCO DE BOGOTÁ S.A. Rad. 110013105-030-2019-00744-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente,

AUTO

Previo al estudio de la sentencia objeto de consulta, se tiene que el juez de primera instancia mediante proveído del 26 de noviembre de 2021 dispuso conceder en efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra el auto calendado el 08 de octubre de 2021, que tuvo por no contestada la demanda.

Como motivo de inconformidad (archivo digital índice 10) la accionada adujo, que la demanda interpuesta por el señor Horacio Rene Zamora se radicó, en el 2019, cuando se estaba en aplicación de los artículos 291 y 292 del CGP. Que por la pandemia del Covid 19, el 04 de junio de 2021 se remitió demanda y auto admisorio por parte del apoderado demandante Jairo Espinosa por mensaje de datos desde el correo jaespigar@yahoo.es al correo de notificaciones judicial del Banco de Bogotá rjudicial@bancodebogota.com.co dirección electrónica que está habilitado para ello; conforme con el Decreto 806 de 2020, el Banco de Bogotá fue notificado dos días de recibido el mensaje de datos, contando con 10 días para remitir contestación de la misma. En cumplimiento de lo anterior se procedió a dar contestación de la demanda el 25 de junio de 2021, al correo electrónico jlato30@cendoj.ramajudicial.gov.co es decir, que se cumplió con los términos señalados en la normatividad aludida, motivo por el cual, el A quo no debía tener por no contestada la demanda.

En este punto resulta imperioso advertir, que el apoderado de la parte accionante, conforme a lo consagrado en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020,

remitió a la accionada escrito de demanda y auto admisorio, a la dirección de notificación judicial, esto es, rjudicial@bancodebogota.com.co, de fecha el 04 de junio de 2021, -notificación-, que fue acepta en el escrito de reposición y en subsidio de apelación, y que además no es objeto de reproche por parte de la accionada. Sin embargo, valga aclarar que, si bien el Juez de primera instancia por secretaria del despacho remitió, al accionado correo de notificación de demanda calendado el 07 de septiembre de 2021, se debe tener como válida la primera notificación, pues esta es una sola, y la misma fue efectiva el 04 de junio de 2021, conforme la constancia de recibido del correo de electrónico de notificación judicial (al índice 0.12 ReciboAA pdf 2), luego para la Sala fue un error involuntario del A quo, realizar una posterior notificación cuando se reitera la accionada ya tenía conocimiento de esta acción judicial.

Claro lo anterior, y una vez analizado el recurso de apelación presentado por la apoderada judicial de la demandada Banco de Bogotá, lo primero que ha de recordarse es que conforme a lo señalado en el artículo 117 del CGP, los términos legales que regulan los trámites procesales, son perentorios e improrrogables para las partes, salvo disposición en contrario, por ende teniendo en cuenta las manifestaciones expuestas en el escrito del recurso de apelación, advierte ésta Sala de decisión si bien en efecto se evidencia que se realizó contestación a la demanda, no se observa que se hubiere presentado dicho memorial ante el Juzgado 30 Laboral del Circuito de ésta ciudad, cuyo correo institucional es j30lctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co, sino a al correo electrónico jlato30@cendoj.ramajudicial.gov.co (al índice 10) por lo que bajo tales consideraciones no puede tenerse por presentado oportunamente la referida contestación, pues nunca se aportó dentro del término otorgado, al correo avalado para ello; Ahora verificado el micrositio de la página web de la rama judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/directorio-cuentas-de-correo-electronico> se advierte que el correo institucional del juzgado de primer grado es j30lctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co único sitio electrónico disponible para tramitar todos los asuntos que se encuentran asignados al referido despacho judicial, por consiguiente estima esta Corporación ajustada a derecho la decisión de primer grado de dar por no contestada la demanda pero por las razón antes expuesta.

Siguiendo la líneas argumentativa, el Código General del Proceso, en el inciso 4° del artículo 109 “Presentación y Trámite de Memoriales e Incorporación de escritos y Comunicaciones”, señala que “Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del Despacho del día en que vence el término”, de modo que al permitir la norma que las partes presenten escritos o memoriales, con destino a los procesos judiciales en curso, por cualquiera de los diferentes canales de comunicación -fax, vía correo electrónico u otros medios digitalizados-, debe tenerse presente que aquellos que sean enviados bajo tales parámetros o modalidades, solamente se entenderán presentados en tiempo hábil, si son allegados a los despachos de destino, antes del cierre del

correspondiente despacho, en el día de vencimiento del respectivo término, situación que no acaeció el caso de autos donde la contestación de demanda fue enviada a un correo electrónico diferente al del despacho que emitió el auto de admisión.

Así las cosas, si la accionada Banco de Bogotá tenía la intención de presentar el escrito vía correo electrónico, debió prever o tomar la precaución necesaria, para que el memorial estuviese en la bandeja de destino, lo cual se itera no sucedió, advirtiendo esta Corporación la pasiva debió asumir en consecuencia, las contingencias que se pueden presentar en la transmisión de esa información, al no verificar si el correo electrónico, al que fue remitida la contestación, correspondía al del despacho destinatario a quien iba dirigido el escrito. Conviene destacar, que frente a este aspecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en auto AL4783, Radicado No. 89235 del 25 de agosto del 2021 expresó:

“Sobre la materia, advierte al Corporación que el apoderado judicial de la parte recurrente, de acuerdo a los deberes profesionales de los abogados, le correspondía ejercer la defensa de los intereses de su mandante con la máxima diligencia posible, de manera que, debía cerciorarse de haber radicado en debida forma la demanda (...) y, al no haber recibido por parte de la Secretaría de esta Sala el acuse de recibo respecto al mensaje de datos enviado, lo propio era que se pusiese en contacto con la misma, a través de los diferentes medios de comunicación habilitados para ello, a fin de confirmar la recepción del referido mail para su respectivo trámite; máxime cuando debía presentarse dentro de su término legal.

De esta manera, se tiene que el apoderado judicial de la parte recurrente desatendió su obligación y deber de vigilancia directa del encargo profesional otorgado, por lo que puede aseverarse que la conducta del profesional del derecho estuvo precedida de rasgos de negligencia y descuido que dieron lugar al vencimiento del término de traslado para la presentación de la demanda (...)

Por lo anterior, esta Sala de Decisión, CONFIRMA el auto proferido por el Juez de primera instancia, sin que se exceda esta Sala en indicar que el efecto devolutivo en que fue conferido el recurso podría haber tenido una mayor explicación de su razón a las partes, cuando lo discutido refería a la no contestación de la demanda, por su incidencia en el decreto de medios de prueba y excepciones.

Pasa entonces procede al estudio del grado jurisdiccional de consulta.

SENTENCIA

Surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de noviembre de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, como quiera que las pretensiones de la demanda fueron decididas en forma totalmente adversa a sus intereses.

I. ANTECEDENTES

Horacio Rene Zamora Quimbayo, instauró demanda ordinaria laboral en contra del Banco de Bogotá, en la que se prende se declare, que fue despedido sin justa casusa, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo de Supervisor III que tenía al momento de su despido, a pagar los salarios dejados de percibir desde el 10 de mayo de 2019 hasta la fecha de su reintegro, las prestaciones sociales y beneficios extralegales, el auxilio de alimentación y la prima extra de transporte, lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: ingresó a trabajar a la entidad bancaria el 1 de marzo de 1995; que el 10 de mayo de 2019 la demandada sin justa causa dio por terminado el contrato de trabajo, al momento del despido desempeñaba el cargo de Supervisor III devengando la suma de \$3.206.409, indicó que se le pagaban vacaciones, prima legal de servicios, primas extralegales prima de vacaciones, reprima extralegal, prima legal, auxilio de alimentación, prima extra de transporte, auxilio extra legal de transportes. Agrego que, al momento del despido le restaban 2 años, 9 meses y 5 días para alcanzar la edad de pensionarse. (Exp. Digital: 00. 2019-00744.pdf, Págs.34 a 40.)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante auto de 08 de octubre de 2021, el A quo, tuvo por no contestada la demanda por parte del Banco de Bogotá S.A, por considerar que se presentó en forma extemporánea. (al índice 09. Auto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del Veintiséis (26) de noviembre de 2021, resolvió:

«PRIMERO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante. Líquidense por secretaria e inclúyanse como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$500.000)

TERCERO: CONSÚLTESE la presente decisión ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por salir adversa esta decisión a los intereses de la parte demandante.»

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, conforme a la sentencia de unificación SU-003 de 2018, la Corte Constitucional, unificó la tesis constitucional en relación con el alcance de fuero de estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados, estableciendo que si el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, habiendo cumplido el requisito de semanas mínimas cotizadas no habrá lugar a la estabilidad laboral reforzada porque se trata de un requisito que podrá ser cumplido por el trabajador con independencia de la existencia del contrato de trabajo.

Manifestó que, con el fin de verificar si cumplía con el tiempo de servicio, evidencio que no se aportó, historia laboral al expediente, sin embargo, al interpretarse la demanda se puede colegir que solo faltaba el requisito de la edad para cumplir los presupuestos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, conforme a los hechos de la demanda, a la fecha de despido, el accionante tenía más de 59 años de edad, y había empezado a laborar en el Banco de Bogotá, desde 01 de marzo de 1995 y se retiró el 10 de mayo de 2019, por tanto contaba para aquel tiempo con más de 1300 semanas que, son las requeridas para pensionarse en el Régimen de Prima Media, por ende, el requisito faltante solo era la edad, y aplicando el mismo criterio de la Honorable Corte Constitucional, no se puede tener como garantía de estabilidad laboral, razón por la cual absolvió a accionada de las pretensiones en su contra.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si para el momento de la finalización de la relación laboral del demandante, este contaba con la calidad de pre pensionado. De prosperar la anterior súplica, habrá de determinarse si es procedente el reintegro perseguido junto con el pago de sus salarios, prestaciones sociales y beneficios extralegales.

CONSIDERACIONES

Debe precisar la Sala en primera medida, que en el *sub-examine* no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 1995 y el 10 de

mayo de 2019, el cual finalizó sin justa causa atribuible al empleador, prueba de ello es la copia del contrato de trabajo, el despido sin justa causa comunicada al actor por parte de la encartada de fecha 10 de mayo de 2019, que la accionada canceló indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T.

Claro lo anterior, considerar la Sala pertinente, recordar lo concierne a la figura de pre pensionado; la Corte Constitucional en sentencia SU-003 de 2018, determinó de manera unificada la situación, aclarando su aplicabilidad en los diferentes ámbitos laborales, esto es, en el sector público como en el privado. Al respecto, consideró:

“La resolución del segundo problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra, supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada.

“59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

“60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte^[54], la figura de la “pre pensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La “pretensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los pre pensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en

otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”.

61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “pre pensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

“62. La “pre pensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

“63. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “pre pensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones^[57].

“64. En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.”

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido la interpretación adoptada por la Corte Constitucional, como se puede consultar en sentencia SL1462-2021, donde se expone en un asunto de similares contornos al que aquí nos ocupa, que cuando el único requisito restante para la adquisición de la prestación es la edad, la persona no es beneficiaria de esa estabilidad laboral reforzada, dado que la misma puede ostentarse con posterioridad al finiquito laboral.

Descendiendo al caso objeto de estudio, en el expediente se tiene, contrato de trabajo suscrito entre las partes, fecha se inició, 01 de marzo de 1995 (al índice 00. pag. 3 a 7), carta de terminación del contrato de trabajo, de forma unilateral y sin justa causa, calendada el 10 de mayo de 2019 (al índice 00 pag.9), declaración de los testigos Olga Lucia Padilla y Robinson Zamora, quienes al unisonó señalaron, que el actor es cabeza de familia, viudo hace dos años, y es quien le paga los estudios a su hijo de 22 años, que estudia ingeniería ambiental, con ocasión del despido su economía se vio afectada, pues la única persona que provee en el hogar. (Min 0:048:45)

La representante legal de la sociedad accionada - Banco de Bogotá SA-, en el interrogatorio de parte, manifestó que el actor tenía cotizadas más de 1900 semanas, por consiguiente, el retiro de Banco del extrabajador Horacio Zamora, en ningún momento le frustró el derecho a la pensión de vejez, pues no tenía la calidad de pre pensionados al cotizar más del tope de semanas exigidas en la ley para el reconocimiento pensional. (Min 1:10:29)

Del material probatorio (documental), y del análisis del interrogatorio de parte, se extrae que Horario Rene Zamora Quimbayo, inició a trabajar en el Banco de Bogotá S.A, el 01 de marzo de 1995 hasta el 10 de mayo de 2019; que el vínculo laboral entre las partes feneció cuando le faltaba al actor dos años para pensionarse, lo cual es aceptado, en el hecho 1.7 y 1.8 del escrito genitor, en este punto valga resaltar que desde el escrito inaugural, el actor manifiesta, que es pre pensionado por edad, empero en nada hace alusión a las semanas cotizadas, tanto es así que no allegó historia laboral del Colpensiones, para que se verifique las semanas que le hicieren falta para adquirir el status pensional; por consiguiente no está en discusión el cumplimiento del requisito de semanas cotizadas, que determina la ley para adquirir la prestación de vejez.

En lo que interesa en el sub examine, y como lo ha adocinado la jurisprudencia de Máximo Órgano de la Jurisdicción Laboral, *«cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea la edad, porque ya se cuenta con el número mínimo de semanas de cotización, la desvinculación del trabajador no frustra la obtención de la pensión de vejez. De ahí que no hay lugar a considerar que bajo ese supuesto «la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente».* (CSJ SL 442-2022).

Conforme a lo anterior es claro, que el único requisito faltante para la prestación de vejez, es la edad, por consiguiente se puede concluir que si bien la demandada culminó el contrato de trabajo del señor Horacio Zamora el 10 de mayo de 2019, esa terminación al tenor de los postulados jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es legal mas

no justa, actuar que condujo que la pasiva resarciera el daño del trabajador con el pago indemnizatorio de que trata e artículo 64 del C.S.T, indemnización que valga resaltar no fue objeto de debate en este trámite procesal.

Bastan las anteriores consideraciones, para confirmar, la decisión de absolución de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

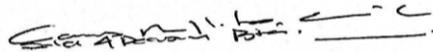
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

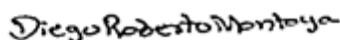
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5c29c50b0f459521f7f942e6ecf7e8255d7382f469a1791c45914165a8ebdeba**

Documento generado en 31/03/2023 04:43:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE:
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-10- de abril de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO ESPECIAL SUMARIO de CRISTIAN MOSCOSO contra
CAFESALUD EPS S.A EN LIQUIDACIÓN. RAD.110012205-000-2021-01270-
02

AUTO

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y Conciliación.

I. ANTECEDENTES

Cristian Moscoso, a través del presente proceso sumario, pretende se ordene a Cafesalud EPS el reconocimiento económico derivado de la atención médica a su esposa Linda Stephany Arévalo Cristancho. Fundamentó su pretensión, en que afilió a su cónyuge en calidad de beneficiaria a Cafesalud EPS, entidad que le prestó su servicio de atención médica presencial, no obstante, que para la fecha del parto la IPS le informó que el estado de afiliación de su esposa fue rechazado, situación que nunca le notificaron, y por ello tuvo que asumir el costo de los servicios de salud prestados por la IPS¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Cafesalud EPS S.A En liquidación contestó la demanda con oposición a la pretensión, en tanto que la solicitud de reembolso por el valor y concepto deprecado por el accionante fue aprobada con los radicados No. 90910-94813-103955, en razón al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994. Asimismo, propuso la excepción denominada «*genérica*»².

¹ Expediente digital: «01. DEMANDA NURC 1-2017-069187» «1. DEMANDA NURC 1-2017-069187.pdf»

² Expediente digital: «03. CONTESTACION DEMANDA NURC 1-2017-124825», « 1.1. ANEXO 1 NURC 1-2017-124825.pdf»

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante sentencia S2020-00028 del 16 de enero de 2020 se decidió de fondo la demanda incoada accediendo a la pretensión del demandante, ordenando a Cafesalud EPS En Liquidación, reconocer y pagar a favor del demandante la suma de Un Millón Doscientos Treinta y Cuatro Mil Trecientos pesos (\$1.234.300)³. Decisión que fue impugnada por la demandada y que, esta Corporación al conocer la alzada, por medio de la providencia calendada 23 de septiembre 2021 declaró la nulidad de lo actuado por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación a partir de la data del fallo de primera instancia inclusive, para en su lugar, si lo considera pertinente, proceda mediante auto a decretar y practicar las pruebas de oficio que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos, y en el evento de practicarse, correrle traslado a las partes para que puedan controvertirlas⁴.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022), la Superintendencia Nacional de Salud, profirió nueva sentencia, teniendo en cuenta únicamente el acervo probatorio allegado por las partes procesales, decisión en la que se accedió a la pretensión, ordenando a Cafesalud EPS En liquidación a reconocer y pagar a favor de la parte actora Un Millón Doscientos Treinta y Cuatro Mil Trecientos Pesos (\$1.234.300), conforme las reglas establecidas en el Decreto 663 de 1999 y el Decreto 2555 de 2010.

Para arribar a tal conclusión, explicó el juzgador de primera instancia que en vista de la situación de urgencia en la que se encontraba la esposa del accionante, Linda Stephany Arévalo Cristancho, el actor tuvo que asumir el pago de dicho servicio como paciente particular, quedando demostrado la violación de los deberes que le competen como entidad prestadora de salud encontrándose afectado el principio de eficiencia y calidad en la ejecución del servicio, no solo para el afiliado cotizante, sino también para su grupo familiar⁵.

IV. IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, Cafesalud EPS, presentó escrito de impugnación en el que expuso los siguientes fundamentos:

“REEMBOLSO APROBADO POR CAFESALUD EPS:

³ Expediente digital: «6. SENTENCIA S2020-000028 Y NOTIFICACIONES.pdf»

⁴ Expediente digital: «09. TRIBUNAL BOGOTA DECLARA NULIDAD», «9. SEGUNDA INSTANCIA.pdf»

⁵ Expediente digital: «11. SENTENCIA», «11. SENTENCIA S2022-000072 Y NOTIFICACIONES.pdf»

De conformidad con la información reportada por el área de salud de Cafesalud EPS en liquidación, me permito indicar que el reembolso se encuentra reconocido y aprobado por la EPS.

Para que dicho pago se lleve a cabo, es necesario que la demandante presente su acreencia ante la liquidación de Cafesalud para que su pago se lleve a cabo en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatario.

INTERVENCIÓN FORZOSA PARA LIQUIDAR CAFESALUD EPS:

Mediante Resolución 007172 del 22 de julio de 2019 se ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS S.A. proceso que inició el día cinco (05) de agosto de 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2555 de 2010 (régimen jurídico aplicable en el presente proceso) fueron publicados dos avisos emplazatorios en medios de comunicación de amplia circulación, los días 13 y 28 de agosto de 2019, a fin de que todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, que se consideraran con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la entidad, realizaran la radicación de sus créditos, con prueba siquiera sumaria de los mismos, de manera oportuna entre el 29 de agosto y el 30 de septiembre de 2019. Para ello la liquidación estableció una serie de formatos y un instructivo de ordenación documental los cuales fueron publicados en la página oficial de CAFESALUD en liquidación para que a través de estos fueran presentadas o remitidas por correo certificado las reclamaciones correspondientes.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el proceso liquidatario es un procedimiento reglado, especial y preferente, el cual debe velar por la protección del principio de igualdad que debe prevalecer entre los acreedores, solicitamos respetuosamente al Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Laboral, ordene al demandante se haga parte de proceso liquidatario, radicando su acreencia, de acuerdo con los formatos establecidos en el siguiente link: <https://www.cafesalud.com.co/FormularioInscripcion>. El formato correspondiente a la acreencia deberá ser diligenciado y radicado en medio digital (cd, dvd, etc) o de manera física con prueba siquiera sumaria del crédito que se reclama a la calle 37 # 20-27 Barrio la soledad en la ciudad de Bogotá.

Finalmente, respecto del pago de la acreencia se hará de conformidad con lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”⁶.

V. CONSIDERACIONES

Sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida en primera instancia en el proceso de la referencia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, se ordenó a Cafesalud EPS en Liquidación a cancelar la suma

⁶ Expediente digital: « 12. RECURSO DE APELACION NURC 20229300400503142 » « 1. Impugnación.pdf »

de Un Millón Doscientos Treinta y Cuatro Mil Pesos (\$1.234.300) por concepto de gastos médicos asumidos por el demandante, se observa que el recurrente no presentó una argumentación adecuada y suficiente frente a los fundamentos jurídico - probatorios en los que se basó el juzgador de primera instancia para proferir su decisión.

Lo anterior por cuanto la parte demandada, al sustentar el recurso de alzada, se centró en indicar que el reembolso de la suma solicitada por el actor ya se encuentra reconocido y aprobado por la EPS, y que para proceder con el pago de la prestación, la parte demandante deberá seguir unos procedimientos con ocasión del proceso liquidatorio que atraviesa Cafesalud EPS, señalando así una serie de pasos a seguir y formularios a diligenciar en la página oficial de la accionada.

En este orden, se establece que el recurrente no controvertió los fundamentos o lineamientos en que se basó el juzgador de primera instancia para proferir sentencia, incluso, dando a entender que acepta intrínsecamente la condena; adicional a ello, la demandada pide se ordene al actor hacerse parte en un proceso liquidatorio, y que siga unos pasos a fin de cancelar la obligación que recae en su contra, razón por la que esta Sala de Decisión considera que no hay lugar a modificar o revocar la sentencia recurrida, máxime cuando no se encuentra que deba proferirse orden o instrucción alguna al señor Cristian Moscoso, ya que hacerse parte o no del proceso liquidatorio, es facultativo de quien persigue el pago de las prestaciones reconocidas en su favor.

En gracia de discusión en cuanto al reconocimiento de un derecho por parte de un ente en liquidación no se excluye lo ordenado en la sentencia de primera instancia con la determinación de aquellos en sede administrativa y si bien pueden darse casos en que el reconocimiento de una obligación por parte del liquidador reafirme lo pretendido a través de un proceso jurisdiccional, persiste la posibilidad del trámite de los demás procesos declarativos, al punto que se prevé tal circunstancia dentro de una liquidación societaria en relación a obligaciones litigiosas, por ejemplo como se indica en el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 “Reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso”, de allí que lo expuesto en el recurso por la EPS vinculada tampoco permita revocar lo resuelto sobre el pago respecto a los gastos en que incurrió el demandante. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

V. DECISIÓN

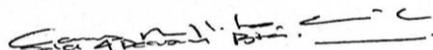
En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.,

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022), por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, dentro del proceso adelantado por Cristian Moscoso, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
-En uso de permiso-

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7fabd3ee4d1c342aa83ca7acf888b7421271b5d7f14f8937ce7f583cfee8fbad**

Documento generado en 10/04/2023 04:52:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-10- de abril de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Especial de Fuero Sindical Permiso para Despedir No. 110013105-013-2021-00428-01

Demandante: BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Demandada: HOLBER CAMILE HERNÁNDEZ LEÓN y el SINDICATO DE PAGADORES, PENSIONES Y TRABAJADORES DE COLOMBIA SIPATCO

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá del veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I. ANTECEDENTES

Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Educación, por intermedio de apoderada judicial, promovió acción especial de levantamiento de fuero sindical en contra de Holber Camile Hernández León, quien se encuentra vinculado como auxiliar administrativo en el Colegio Republica Dominicana IED, concediendo permiso para terminar aquella relación laboral.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que el señor Holber Camile Hernández León fue vinculado en propiedad en la Secretaría de Educación del Distrito –SED, por Resolución No. 00253 del 8 de febrero de 1993, en el cargo de Auxiliar Administrativo I-C-, Código 407 Grado 27, en el Colegio República Dominicana – IED, quien tomó posesión el 10 de marzo de 1993, quien el 7 de diciembre de 2018 fue incluido como integrante de la Junta Directiva del Sindicato de Pagadores, Pensiones y Trabajadores de Colombia –Sipatco-, de

primer grado y de gremio, como tesorero, mediante Constancia de Registro de Modificación de la Junta Directiva de una Organización sindical; que al demandado por Resolución 2009 del 27 de diciembre de 2018 se le concedió permiso sindical, durante el periodo comprendido entre el 8 de enero y 28 de junio de 2019, para 5 días de la semana, posteriormente por Resolución 1060 del 2 de julio de 2019 se le concedió permiso sindical del 2 de julio hasta el 6 de diciembre de 2019, para los días miércoles, jueves y viernes, para el cumplimiento exclusivo de las gestiones y actividades como representante de los afiliados de Sipatco.

Indica que por comunicación I-2019-61009 del 23 de julio de 2019, el rector del Colegio República Dominicana informó a la Jefe de Oficina de Personal que el señor Hernández León no se había presentado a laborar a partir del 2 de julio de 2019 hasta la presente, sin reporte o explicación que justificara su no comparecencia por algún medio de comunicación. En consecuencia, que la Jefe de Personal mediante comunicación I-2019-159384 le informó el procedimiento por reporte de ausentismo laboral no justificado, en el marco de un proceso disciplinario sumario donde se garantice el derecho de defensa y contradicción para que pueda dar las explicaciones.

Detalló que mediante comunicado S-2020-20882 del 7 de febrero de 2020, la Jefe de Oficina de Personal exhortó nuevamente al rector para que diera trámite al proceso disciplinario y por oficio S-2020-36774 de 9 de marzo de 2020 se ratificó la anterior solicitud. Adicionalmente que en oficio de 21 de febrero de 2020, se requirió al demandado para que dentro de los 3 días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, procediera a justificar las razones que habían motivado su ausencia laboral, remitido al domicilio del demandado a través de correo certificado 4-72 de fecha 24 de febrero de 2020, no obstante, este fue devuelto ya que la dirección no existía, que el 25 de febrero de 2020 se remitió esta comunicación a diferentes correos y que transcurrido más de 1 año el demandado no ha efectuado manifestación alguna y tampoco presentado, razones por las cuales, por necesidad en el servicio, la entidad solicitó el nombramiento de otro funcionario pagador a la Secretaría de Educación Distrital (Exp. Digital: «02Demanda» págs. 1 a 19).

Admitido el presente proceso por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, por auto del 22 de marzo de 2022¹, verificados los trámites de notificación a los demandados Holber Camile Hernández León y a la organización sindical Sipatco, citó a las partes para llevar a cabo la audiencia pública especial del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social -CPTSS-². En audiencia el 14 de marzo de 2023, donde se dejó constancia de la inasistencia del extremo plural demandado, por lo que

¹ Exp. Digital: «12AutoAdmite»

² Exp. Digital: «20AutoFijaFecha»

tuvo por no contestada la demanda por el empleado y sindicato demandado y continuó con el trámite respectivo (al índice 23AudienciaVirtual).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de marzo de 2022 resolvió no levantar la protección de fuero sindical del demandado Holber Camile Hernández León, ni autorizó su retiro del servicio oficial.

Para arribar a tal conclusión, la *a quo* expresó que bajo la certeza del fuero sindical del demandado, en tanto que fue elegido y debidamente inscrito como tesorero de la junta directiva del sindicato Sipatco, lo cual fue informado al empleador y al Ministerio del Trabajo, conforme artículo 363 del CST; además, que aun cuando sustenta la calidad de empleado público, sus funciones no se encuentran enmarcadas en la excepción señalada en la norma. Que frente a la solicitud de levantamiento del fuero sindical y permiso para despedir consideró que para que se declare el abandono del empleo es necesario que la entidad dé cumplimiento a lo establecido en el CPACA, atendiendo a la calidad de empleado público que ostenta el demandado, y así expedir el correspondiente acto administrativo de carácter particular y concreto, con el fin que se le permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa previo a la expedición del acto administrativo que declare la vacancia del empleo. Adicionalmente, que debe darse inicio al correspondiente proceso disciplinario con el fin de verificarse si como consecuencia del abandono del cargo se afectó la prestación del servicio. No obstante, que ninguno de los anteriores trámites se encuentran adelantados por parte de la actora, pues solo se allegó el oficio mediante el cual el rector de la institución educativa informó sobre la no presentación del demandado para cumplir sus funciones, así como la solicitud para iniciar el procedimiento pertinente y la remisión de sendas comunicaciones al accionado para que justificara su ausencia, sin que sea posible establecer la existencia de una falta grave que amerite la declaratoria de insubsistencia.

Aclaró que si bien la entidad pública inició el procedimiento administrativo para declarar la vacancia del cargo desempeñado por el demandado y proceder a proveer el mismo por necesidades del servicio, no se estableció por ningún medio que el demandante incurriera en falta disciplinaria pues recalcó que el procedimiento administrativo tiene diferencias profundas al derecho y trámite disciplinario, porque en esta última se determina si el empleado incurrió en alguna falta que amerite imponer unas sanciones por parte del empleador, exigencia que es relevante en el presente asunto en tanto el artículo 410 del CST establece que el juez laboral autorizara el despido cuando se incurre en alguna de las justas causas para la terminación de la vinculación y tratándose de un empleado público corresponde a la declaratoria, previo proceso disciplinario, de la insubsistencia por demostrarse la comisión de una falta

grave, aspecto que no se estableció por la entidad actora, y no es el juez laboral dentro de este trámite quien deba hacerlo, en tanto que ello vulneraría el derecho de defensa del trabajador (min. 9:16).

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación para lo cual arguyó que el proceso de levantamiento de fuero sindical es independiente del proceso disciplinario, razón por la cual dentro del escrito de la demanda no se allegó esa información, teniendo en cuenta que esto ha sido ratificado por sentencia de la Corte en el sentido de que persiguen fines totalmente diferentes, el proceso disciplinario de ninguna manera constituye algún requisito para que se adelante el proceso especial de levantamiento de fuero sindical, pues basta con que el empleado goce del respectivo fuero y que se determinen las causales que señala el Código (min 32:40).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación, determinar si debe autorizarse el levantamiento de fuero sindical y, en consecuencia, concederse el permiso pretendido.

V. CONSIDERACIONES

El Fuero Sindical constituye un privilegio y amparo de origen, por el cual se garantiza que ningún trabajador aforado pueda ser despedido, desmejorado o trasladado a otro establecimiento de la misma empresa sin justa causa previamente calificada por el Juez del trabajo. Calificación que debe hacerse a través de proceso especial de fuero sindical según lo establece el artículo 39 de la Constitución Nacional.

Es de precisar que no fue objeto de reproche la existencia de la vinculación entre el señor Holber Camile Hernández León y la Secretaría de Educación del Distrito, con ocasión al nombramiento del demandado en la planta de personal administrativo de la entidad efectuado mediante Resolución número 00253 del 8 de febrero de 1993, para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo I-C. (al índice 02. págs. 21 a 25).

De igual manera, se aportaron documentales (índice 02 pág. 27 a 29), donde se corrobora que el demandado hace parte de la organización Sindicato de Pagadores, Pensionados y Trabajadores de Colombia SIPATCO, inscrito en la Junta Directiva con fecha de acta de asamblea de nombramiento del 3 de diciembre de 2018, según constancia de registro de modificación de junta expedida por el Ministerio de Trabajo - Dirección Territorial Bogotá, por lo que

mantiene la garantía de fuero sindical de conformidad con lo establecido en los artículos 405 y 406 del CST.

Tratándose de empleados públicos lo pretendido por la parte actora, tiene como supuesto normativo, el artículo 2.2.11.1.1. del Decreto 1083 de 2015, que establece:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.9 Abandono del cargo. El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.
2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.
3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 2.2.11.1.5 del presente Decreto, y
4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.”

El artículo 2.2.11.1.10 *ibídem* señala el procedimiento para la declaratoria del empleo por abandono, estableciendo que: «*Con sujeción al procedimiento administrativo regulado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, el jefe del organismo deberá establecer la ocurrencia o no de cualquiera de las conductas señaladas en el artículo anterior y las decisiones consecuentes*».

De la norma, se advierte que, una vez comprobada la ocurrencia de un presunto abandono de cargo, la autoridad nominadora deberá llevar a cabo un procedimiento que permita la defensa del servidor, y si este no logra justificar los hechos, se tomarán las medidas respectivas; procedimiento que obedece a una actuación administrativa por parte de la entidad, en el que debe respetarse el derecho de defensa y contradicción del implicado.

Sobre este punto, el Consejo de Estado estableció una postura en relación con la necesidad de realizar los trámites administrativos encaminados a declarar vacante un cargo por abandono, advirtiendo la obligación de adelantar un trámite breve y sumario, no sólo para que el afectado pueda exponer los argumentos por los cuales se ausentó, sino para evaluar de manera objetiva la situación, antes de declarar la vacancia³.

Sin embargo, de la calidad de empleado público que ostenta el demandado Holber Camile Hernández León, y que la solicitud para que se autorice el despido del aforado versa en la presunta configuración de abandono del cargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 125 de la Constitución Política

³ Sentencia Consejo de Estado 25000-23-25-000-2004-02593-01(0524-08) del 25/11/2010

establece una determinación sobre la causal de retiro en torno a su previsión Constitucional o legal, la Corte Constitucional en sentencia C1189-2005, en sus partes pertinentes, sostuvo:

“De esta manera, al igual que en aquella oportunidad, estima esta Corporación que la norma no tiene una proyección disciplinaria ni constituye una sanción que se enmarque en dicho ámbito. Como se planteó en líneas precedentes del presente fallo, este Tribunal Constitucional encuentra que el retiro del servicio del empleado que incurra en abandono del cargo es una medida administrativa consecuente con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209) que rigen la administración pública, en tanto la misma debe contar con la posibilidad de proveer rápidamente un cargo que ha sido abandonado, para que un funcionario entre a cumplir las labores idóneamente, a fin de evitar traumatismos en la marcha de la administración. El proceso disciplinario, por el contrario, estaría dirigido, principalmente, a establecer la responsabilidad individual del funcionario, a fin de imponerle la sanción respectiva. (...)

42.- No obstante, es de vital importancia recordar que la decisión de retiro del servicio de un empleado público tiene lugar mediante un acto administrativo de carácter particular y concreto para cuya expedición debe cumplirse el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, esto es, que la actuación que de oficio inicie la administración, con el fin de retirar del servicio a un empleado - sea éste de carrera o de libre nombramiento y remoción-, le debe ser comunicada, para efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, al ser oído por la autoridad administrativa competente, así como para contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas².”

Por tanto, como quiera que se pretende el levantamiento del fuero sindical del trabajador demandado y el permiso para despedir, la *a quo* no desacertó en el marco de su reflexión hermenéutica, ya que denegó las pretensiones del libelo al considerar que la entidad empleadora no agotó el trámite administrativo, incluso se refirió al procedimiento disciplinario, pues, en efecto, era menester examinar si se cumplía con el procedimiento legal para la declaratoria de abandono del cargo que desempeña Holber Camile Hernández León en tanto aquello hace parte de las garantías fundamentales al debido proceso que rigen en cualquier actuación administrativa.

Resulta entonces razonable la decisión de primer grado consistente en verificar si, previo a acudir a esta acción, debía adelantarse un procedimiento administrativo con el fin de verificar la ocurrencia de los hechos constitutivos para la vacancia del cargo, pues se está a los principios del artículo 29 de la Constitución Política, en aras que al endilgarse una sanción o juzgar una conducta que administrativamente requiere un procedimiento, no se desconozcan las garantías de defensa y contradicción, en todo caso, dando por finalizado el respectivo proceso administrativo, para que obre la debida voluntad de la administración pública en haber establecido los supuestos y efectos, bajo los cuales, en el caso de los aforados, pasa a solicitar ante el Juez Laboral el permiso para despedir.

En consecuencia, de manera razonable, en este caso se debía agotar la correspondiente actuación administrativa consagrada en aquellos eventos, como en el presente asunto, para que se le endilgara al trabajador el presunto abandono del cargo, hecho que no se encuentra demostrado en el presente trámite, en tanto que a la luz del instrumento legal no es posible la desvinculación sin haberse adelantado el procedimiento previo.

En apoyo de lo expuesto, en sentencia C-033 de 2021, se indicó por la Corte Constitucional, lo siguiente:

“74. Aunque no existen pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de esta problemática en sede del control abstracto, sí existen decisiones en materia de tutela. Al respecto, resulta relevante el razonamiento realizado por este tribunal en la sentencia de unificación 036 de 1999: “El Código Único Disciplinario consagra como conductas prohibidas para el servidor público y particulares que ejercen funciones públicas "el propiciar, organizar o participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador", conducta que puede ser sancionada, entre otras, con la remoción del cargo. Por tanto, para este evento específico, el ente estatal correspondiente, a efectos de determinar e individualizar la participación del empleado en el cese de actividades, deberá agotar el procedimiento que establece el código, antes de ordenar la suspensión o remoción del funcionario respectivo. En estos eventos, es obligatorio agotar este procedimiento, independientemente de si la autoridad correspondiente ha declarado la ilegalidad. La aplicación del artículo 41, numeral 8º del Código Único Disciplinario, no puede estar condicionada a la existencia de la declaración de ilegalidad del cese de actividades decretada por la autoridad correspondiente, pues en aquellos servicios públicos definidos como esenciales por el legislador, en los que se desarrolle cualesquiera de las conductas que el mencionado estatuto establece como prohibiciones, procederá, si el ente sancionador lo considera conveniente, la aplicación de los correctivos en él previstos, sin que sea necesario para el efecto, la declaración de ilegalidad correspondiente. No obstante, si el servidor público a sancionar goza de la garantía del fuero sindical, será necesario que previa o concomitante con la aplicación del Código Único Disciplinario, se solicite la declaración de ilegalidad del cese de actividades, o la calificación judicial de la justa causa por el juez laboral, en los términos del artículo 113 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, para que sea procedente su despido. No puede emplearse el mencionado estatuto, como un instrumento "legal" para desconocer derechos de rango fundamental como lo son el derecho de asociación y libertad sindical, y cuya principal garantía se encuentra en el fuero sindical. En consecuencia, la aplicación del régimen disciplinario no anula ni puede desconocer el fuero sindical, pues será necesaria la intervención del juez o la declaración de ilegalidad del cese, para que proceda el despido o la suspensión del servidor público amparado con esta garantía sindical” (subrayado no original)

75. Para resolver entonces el problema jurídico relativo a la constitucionalidad de la excepción al levantamiento del fuero sindical, para retirar a empleados que han sido objeto de una destitución disciplinaria, reitera la Sala Plena de la Corte

Constitucional que, en los términos expuestos en la presente sentencia, el fuero sindical es una garantía fundamental para el ejercicio de la libertad sindical, pero precisa, igualmente, que ella no comporta algún tipo de inmunidad para el aforado. Es decir, que del artículo 39 de la Constitución no se deriva una exclusión de los empleados públicos respecto del control disciplinario y, por lo tanto, no autoriza a dichos servidores públicos para incurrir en faltas disciplinarias, sin que ello les acarree las correspondientes consecuencias. Una conclusión distinta sería inconstitucional, desde distintos puntos de vista.”

Lo anterior deviene en no haber demostrado de manera suficiente la causal que invocó como motivo para que fuese levantado el fuero sindical al demandado, en cuanto a la vacancia del cargo por efecto del abandono indicado, como tampoco del proceso disciplinario, ya que sobre el procedimiento adelantado al actor solo obra al índice 02:

- Comunicaciones de 22 de julio de 2019 por medio de la cual el Rector del Colegio Republica Dominicana informa a la Jefe de Personal de la Secretaría de Educación del Distrito sobre la ausencia al lugar del trabajo del demandado (pág. 64), comunicación de 29 de agosto de 2019, en que la Jefe de Oficina Personal de la demandada informa al rector de este Colegio del procedimiento para adelantar el reporte de ausentismo laboral no justificado del demandado (pág. 65).
- Oficio al rector del Colegio calendado 6 de febrero de 2020, en el que la Jefe de Oficina de Personal le solicitó que requiriera al demandado respecto a la ausencia a laborar y se le informó el procedimiento a seguir en la medida que de acuerdo a la respuesta realizada por el servidor demandado, el rector debe informar si se avala o no la misma, que en caso de no haber respuesta en los 3 días siguientes a la fecha de comunicación o no avalar la misma, se debía informarlo y adjuntar una documental (pág. 46).
- Comunicación y constancias de remisión del requerimiento realizado al señor Hernández León, en el que se le requirió para que presentara justificación sobre su ausencia a laborar (págs. 47 a 55).
- Mediante comunicación de fecha 18 de mayo de 2020 se requirió al rector del colegio para que aportara el formato de «*Control y Reporte de Inasistencia Laboral no Justificada*» y para que al diligenciar el formato «*Reporte de Ausentismo Laboral no Justificado*» que registrara las fechas que corresponden al periodo de ausencia del funcionario; comunicación de ese mismo día, donde el rector aporta unos reportes de ausentismo laboral no justificado (págs. 56 a 63).

En esas condiciones, al no existir soporte que evidencie las razones objetivas por las cuales la Secretaría de Educación pueda salir adelante en las pretensiones elevadas con la finalidad de que sea levantado el fuero sindical del que goza el demandado, núcleo esencial del derecho fundamental de

asociación sindical, no resulta posible conceder el levantamiento del fuero, en tanto de lo aportado y manifestado no se soporta el procedimiento y efectos otorgados por esta a la alegada situación administrativa de abandono del cargo, ni tampoco el procedimiento que conlleve a la determinación de una sanción de tipo disciplinario.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

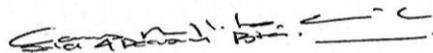
VII. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del día 21 de marzo de 2023, es donde es demandante BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN y demandados HOLBER CAMILE HERNÁNDEZ LEÓN y el SINDICATO DE PAGADORES, PENSIONES Y TRABAJADORES DE COLOMBIA -SIPATCO-

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
-En uso de permiso-

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ecca102383e8f10733b022880d340c89591e4ffa27da857af1cab38c622b4229**

Documento generado en 10/04/2023 11:09:11 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>