

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEJANDRO HERMIDA RENGIFO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA, LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

En Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días de julio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Skandia SA contra la sentencia proferida el 18 de enero de 2023, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Alejandro Hermida Rengifo, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Skandia SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se ordene a Skandia SA a trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración, y demás descuentos; debiendo Colpensiones recibir los dineros trasladados, y que la misma se mantuvo sin disolución. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso, y a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 28 de noviembre de 1965; cotizó al ISS de octubre de 1992 a mayo de 1994; en octubre de 2003 se trasladó a la AFP Skandia SA; dicha AFP no le brindó ninguna información clara, oportuna y confiable; al momento de la vinculación solo firmó el formulario de afiliación, sin recibir explicación acerca de su derecho de retracto o el término para trasladarse de régimen; presentó solicitud de traslado ante Colpensiones; en similares términos presentó reclamación ante Skandia SA; obteniendo sendas respuestas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 03 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, las cotizaciones realizadas en el ISS, la solicitud presentada, y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó 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, y la innominada o genérica.

Skandia S.A. contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 02 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Skandia SA llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a la AFP Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, prescripción de la acción de nulidad, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 15 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Skandia SA, efectuada el 29 de octubre de 2003. Declaró válidamente vinculado al demandante al RPMPD desde el 6 de mayo de 1992 hasta la actualidad, como si nunca se hubiere traslado, y siempre permaneció en el RPMPD. Condenó a Skandia SA a devolver a Colpensiones todos los vales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración; sumas debidamente indexadas; debiendo Colpensiones recibir las sumas trasladadas y actualizar la historia laboral de la accionante. Absolvió a las demandadas de las

demás pretensiones formuladas en su contra. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Skandia SA interponen recursos de apelación, así: Skandia S.A. adujo que el traslado de régimen pensional del actor se efectuó de manera libre y voluntaria, sin presiones y sin evidenciar algún potencial vicio en el consentimiento. Afirmó, que no es procedente la devolución de los rendimientos, ya que son producto de la gestión propia del régimen privado. Añadió, que tampoco es procedente restituir los gastos de administración y primas de seguros previsionales, ya que estos fueron usados para la correcta administración de los recursos y fueron trasladados a la aseguradora, por cuanto si se transfieren se afectaría la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema. Finalmente, aseguró que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no es razonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; aunado a que no se puede ver favorecida ni perjudicada por el acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP. Agregó, que el demandante ha permanecido por más de 25 años en el RAIS y su traslado afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Manifestó que el promotor de la litis no puede trasladarse de régimen, dado que se encuentra dentro de la prohibición de traslado, cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las recurrentes reiteraron los argumentos vertidos en la apelación.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y Skandia SA al momento de sustentar sus recursos de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones y Skandia SA hacen referencia en sus recursos de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por cuanto es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 57 años de edad, en tanto nació el 28 de noviembre de 1965, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 01 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 29 de octubre de 2003, con destino a la AFP Skandia SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

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

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que

la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "(...) al momento de la vinculación del actor no explicó que es el RPMPD, que es el RAIS, ni que es el fondo de cesantías (...); no informó ni explicó en que consiste la rentabilidad (...); no informó que debía tener el 110% del IBL cotizado par obtener una pensión (...)", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de

previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP a los afiliados, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Skandia SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 29 de octubre de 2003. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la representante legal de Protección SA, al absolver interrogatorio de parte, indicó que al accionante se le brindó asesoría verbal, en donde suscribió el formulario de afiliación, y que es la única prueba que existe de la asesoría realizada por los asesores. A su turno, el demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que para el año 2003 era médico independiente, adscrito a Colsanitas, esta entidad le indicó que debían afiliarse a un fondo de pensiones y que habían escogido a Skandia SA como la mejor opción, se acercó a recursos humanos y firmó el formulario, pero indicó que en ningún momento le explicaron en que consistía el fondo privado y que beneficios existían en cada uno de los regímenes.

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

Sobre el particular, cabe señalar que, contrario a lo indicado por Skandia SA en su apelación, no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia de la afiliada al RAIS, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, obligación que se debió efectuar el 29 de octubre de 2003, fecha de suscripción del formulario de afiliación con la AFP Skandia SA, ya que en verdad no se puede revalidar algo que no ha sucedido.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen

pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Skandia SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

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

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

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

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

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

2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

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

previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por Skandia SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración y primas de seguro previsional dado que fueron usados para la correcta administración de los recursos y que fueron trasladados a la aseguradora; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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

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

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

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

Bajo este entendimiento, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el

principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

COSTAS

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

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

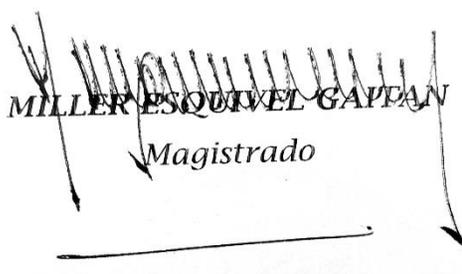
R E S U E L V E

Primero.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Skandia SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

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


MILLER ESQUIVEL GAFFAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE KARL WILHELM ALFRED SCHMITT BECK CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA, LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

En Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días de julio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Karl Wilhelm Alfred Schmitt Beck, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA, para que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, así como los traslados horizontales. En consecuencia, se ordene a Skandia SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, y rendimientos; debiendo Colpensiones recibirlo como afiliado, sin solución de continuidad. Asimismo, se condene al pago de costas procesales, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 16 de enero de 1964; realizó cotizaciones al ISS desde el 28 de agosto de 1990 hasta el 30 de noviembre de 1994; se trasladó al RAIS el 7 de noviembre de 1994, por intermedio de la AFP Colmena, hoy Protección SA; el 16 de abril de 1999 se trasladó a Porvenir SA; el 24 de julio de 2012 se trasladó a Skandia SA; ninguno de los fondos le brindó asesoría con respecto a los requisitos para obtener una pensión anticipada de vejez, rendimientos generados, modalidades de pensión; presentó reclamación ante Colpensiones para tenerlo como afiliado del RPMPD, y recibir de Skandia SA todos los valores de la cuenta de ahorro individual e incorporarlos en la historia laboral; obteniendo respuesta negativa; presentó solicitud ante Protección SA para que expidieran copia de documentos, así como cualquier constancia con destino a asesorar acerca de la mesada pensional, un comparativo entre los regímenes, y la proyección de la pensión de vejez; obteniendo respuesta negativa al no encontrarse actualmente afiliado a este fondo; en similares términos presentó reclamación ante Porvenir SA y Skandia SA, solicitando anular su afiliación al RAIS; respondiendo de forma negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo

09 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, la solicitud presentada, y su negativa respuesta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación a ese fondo, la reclamación presentada, y su respuesta negativa; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

A su turno, Protección SA contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación a esta entidad, la solicitud presentada, y su respuesta emitida; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuesto las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes, y la innominada o genérica.

Skandia SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 09 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación con este fondo, la solicitud presentada, y su respuesta emitida; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el

momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro - gastos de administración, buena fe, y la genérica.

Skandia SA llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de sus posteriores traslados a otras AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a la AFP Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 25 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, el 7 de noviembre de 1994, con efectividad el 1° de diciembre de 1994, por intermedio de la AFP Colmena, hoy Protección SA. Declaró que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Skandia SA a devolver a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Ordenó a Colpensiones a recibir las

sumas trasladadas y a actualizar la historia laboral del actor. Se abstuvo de imponer condena en costas. Absolvió a Mapfre Colombia Vida Seguros SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación, solicitando que se modifique o adicione la condena, en el sentido de ordenar reintegrar el porcentaje destinado a los seguros previsionales y gastos de administración.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, solicitando se revoque parcialmente la decisión de primera instancia en lo referente a la ineficacia de traslado, y en caso de no acogerse dicho aspecto, no se ordene al organismo a devolver suma alguna, en cuanto se trata de traslados horizontales, que implicaron la entrega de los dineros a la última administradora.

Por su parte, Colpensiones reiteró los argumentos de la apelación.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar la inconformidad propuesta por Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se condene a la devolución de todas las sumas, incluidos gastos de administración y primas de seguros previsionales. Por lo que la alzada se restringe a revisar únicamente estos puntos de inconformidad, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones;

ya que ningún reparo se expuso respecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradora de fondos pensiones y el demandante; imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en este punto, en el sentido de ordenar tanto a Porvenir SA como a Protección SA y a Skandia SA a devolver a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás

información relevante que los justifiquen. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin que los traslados horizontales implique la limitación de la condena, pues cada administradora del RAIS no puede beneficiarse de un traslado contrario a la ley. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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

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

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP

accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a esta condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

Bajo las anteriores consideraciones, se adicionará la decisión apelada y consultada en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el

derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, por mayoría y en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surtió en favor de Colpensiones, lo cual implicó un estudio panorámico de la actuación, en esta instancia no se impondrán costas; así mismo, lo solicitado por dicha entidad fue acogido por la Sala en defensa de sus intereses.

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

R E S U E L V E

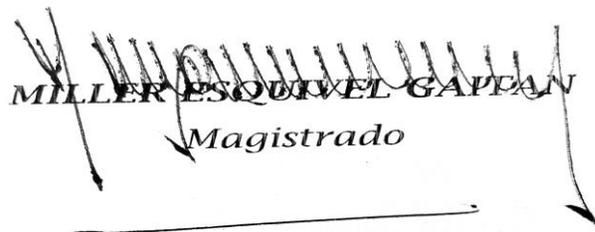
Primero.- *Adicionar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a las AFP Protección SA y Skandia SA a trasladar a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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

Cuarto.- Sin costas en esta instancia.

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


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA CRISTINA SOLÓRZANO PARRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA Y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días de julio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 14 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Sandra Cristina Solorzano Parra, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA, para que se declare la ineficacia y/o nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se declare sin solución de continuidad su afiliación a Colpensiones. Se ordene trasladar al RPMPD todo el capital ahorrado, junto con los rendimientos; debiendo Colpensiones aceptar el traslado. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las cotas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 9 de febrero de 1969; se vinculó al ISS desde el 21 de julio de 1992 hasta el 21 de julio de 1999; un asesor de Colfondos SA que promovió su traslado, le suministró información confusa sobre: pensionarse a la edad que quisiera, el ISS se acabaría, y recibiría una pensión superior a la del ISS; en febrero de 2002, se trasladó a Porvenir SA; el asesor le indicó que dicho fondo era mejor que Colfondos SA y recibiría más intereses; con posterioridad, se trasladó a Protección SA en julio de 2005, recibiendo información falsa e indicándole que este era el fondo más consistente y que brindaba mejores oportunidades y rendimientos; ninguno de los asesores le dio a conocer las consecuencias de su afiliación al RAIS, así como tampoco las ventajas y desventajas que tendría al afiliarse a cada uno de los fondos privados; presentó petición ante Colpensiones, solicitando el traslado de régimen; obteniendo respuesta negativa; presentó petición ante Protección SA, solicitando el traslado a Colpensiones, junto con los aportes y rendimientos; no obteniendo respuesta por parte de la AFP.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 13 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la petición presentada, y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de

legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

Colfondos SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 11 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Old Mutual SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 17 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la petición presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de Protección SA, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, 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, prescripción, y la genérica.

Finalmente, Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 26 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 36 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por

intermedio de la AFP Colfondos SA, efectuada el 21 de julio de 1999. En consecuencia, se declaró válida la afiliación de la demandante al RPMPD, administrado por Colpensiones. Condenó a Protección SA a transferir a Colpensiones, todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Condenó a Colfondos SA y Porvenir SA a transferir a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Declaró no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a Colfondos SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de argumentando que no es razonable imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; aunado a que la actora pudo verificar la información en cualquier momento acudiendo a la Ley 100 de 1993. Sostuvo que el traslado de la demandante se realizó de forma voluntaria, sin presentarse vicio del consentimiento alguno. Indicó que la actora al ser un sujeto de derecho también es un sujeto de obligaciones, por lo cual le asisten unas obligaciones como consumidora financiera, lo que le impone prestar la adecuada atención y cuidado al momento de su afiliación. Manifestó que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, porque, en su criterio no se configuran los supuestos para la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional. Por su parte, Colpensiones reiteró la argumentación de la apelación. Y la demandante solicitó que se confirme la decisión.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub lite no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que eran las AFPs del RAIS involucradas en el traslado de la parte actora, quienes tenían la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quienes tienen la información sobre el particular, concretamente la AFP inicial, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la inconformidad sobre la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones.

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

forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con

solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

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

despachados desfavorablemente, y en tal sentido se aplicaría la tesis consistente en que las costas siguen un criterio objetivo, en cuanto son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

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

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

R E S U E L V E

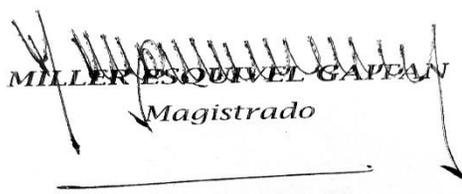
Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Colfondos SA el término de 30 días para*

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

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Tercero.- Sin costas en esta instancia

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



MILLER ESQUIVEL GAFFAN
Magistrado

Aclaro voto



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ENCARNACIÓN MONTERROZA VITOLA CONTRA ECOLOGÍA URBANA S.A.S. y MAGDALENA MARÍA LOVO BERNAL y EMIRA CELIA LAMUS DE MANRIQUE EN CALIDAD DE SOCIAS DE LA EMPRESA.

En Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días de julio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes, respecto de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia

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

DEMANDA

José Encarnación Monterroza Vitola, por medio de apoderado judicial, demandó a Ecología Urbana S.A.S., con el fin que se declare la existencia de una relación

laboral entre el 29 de octubre de 2014 y hasta el 30 de octubre de 2017. Consecuencia de lo anterior se condene al pago de las vacaciones generadas entre el 1° de enero de 2014 al 30 de octubre de 2017, así como las cesantías, intereses a las cesantías causadas entre el 29 de octubre de 2014 y el 30 de octubre de 2017; prima de servicios causadas desde el 1° de enero de 2017 al 30 de octubre del mismo año, así como la sanción moratoria por el pago tardío de salarios y prestaciones sociales; sanción por no consignación de las cesantías, derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, se ordene el pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados de folio 2 a 3 del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis expresa que, se vinculó a la sociedad Ecología Urbana S.A.S., a partir del 29 de octubre de 2014 y hasta el 30 de octubre de 2017, en el cargo de supervisor de logística, cumpliendo las funciones designadas; percibía una remuneración mensual de \$850.000; cumplía un horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes y los sábados de 8 a 12 del día; los servicios fueron prestados de manera personal; los elementos de trabajo eran suministrados por la demandada; recibía órdenes del representante legal y su suplente; al terminar el contrato de trabajo, no le fueron pagadas las primas, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías y los aportes al sistema de seguridad social en salud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada se pronunció a través de curador ad litem designado por el juzgado de conocimiento, ateniéndose a lo que el despacho declare de acuerdo a la prueba documental. Respecto a los hechos manifestó no constarle. Propuso como medios exceptivos los que denominó, buena fe, prescripción e inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido (folio 133 del archivo 01 del expediente digital).

La parte actora, dentro de la oportunidad procesal, reformó la demanda, en el sentido de demandar a Magdalena María Lovo Bernal y Emira Celia Lamus de Manrique, en calidad de socias de la empresa Ecología Urbana S.A.S. Reclamando la responsabilidad solidaria de las personas naturales antes enunciadas y consecuentemente del pago de las acreencias y sanciones reclamadas en la

demanda principal (folio 137 del archivo 01). Frente a dicho escrito, la convocada a juicio guardó silencio y por ello, con auto del 3 de octubre de 2019, se dio por no contestada la misma (folio 172 del archivo 1). Como quiera que las personas naturales no concurrieron a notificarse del líbello genitor, se les designó curador ad litem con auto del 21 de junio de 2022 (archivo 9 del expediente digital) y este en su oportunidad manifestó atenerse a lo que se probara en el proceso. En cuanto a los hechos, aceptó como cierto que, Magdalena María Lovo Bernal y Emira Celia Lamus de Manrique eran socias de la empresa Ecología Urbana S.A.S., de acuerdo al acta de constitución del 12 de marzo de 2014, respecto a los demás fundamentos fácticos, dijo no constarle. Propuso como excepciones, las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, compensación, pago y la genérica o innominada (archivo 12)

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital), en la que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción formulada por la demandada y la de ausencia de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación formulada por las personas naturales, demandadas como socias; declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Ecología Urbana S.A.S., desde el 29 de octubre de 2014 y el 30 de octubre de 2017, consecuencia de ello, ordenó el pago de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, sanción por no consignación de las cesantías, así como sanción por no pago de acreencias laborales entre el 31 de octubre de 2017 y el 30 de octubre de 2019, equivalente a \$20.400.000 y a partir del 31 de octubre de 2019 y hasta que se produzca el pago de acreencias se paguen los intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera; absolvió a las personas naturales de todas las pretensiones incoadas; condenó en costas a Ecología Urbana S.A.S..

Fundó su decisión el juez de conocimiento en que, se encontraba acreditada la relación laboral con la certificación emitida por Alejandra Botero y la carta de renuncia presentada a las demandadas; en lo tocante a la solicitud de solidaridad, encontró no procedente aplicar dicha figura respecto a las señoras, Magdalena y

Emira, al ser la demandada una empresa, por acciones simplificada y no encontrar acreditado que las aludidas señoras, fungieran como socias a la fecha de terminación del contrato de trabajo, además, de acuerdo al interrogatorio de parte, el actor tenía como dueños de la sociedad a personas diferentes a ellas; finalmente, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por Ecología Urbana.

RECURSO DE APELACIÓN

Los extremos procesales incoaron recurso de apelación.

La parte actora, reprocha el hecho de absolverse a las socias de la empresa, pues, ellas, se beneficiaron del servicio prestado por el demandante; en segundo lugar, reclama que el reconocimiento de la sanción moratoria, sea hasta la fecha en que se produzca el pago de las acreencias laborales, al encontrarse acreditada la mala fe de la empresa.

A su turno, el curador ad litem de Ecología Urbana S.A.S., estima que no se encuentran acreditados los extremos laborales de la relación laboral, además que se tuvo como prueba una certificación laboral suscrita por una persona que no fungía como representante legal de la empresa; en segundo lugar, reclama se declare la prescripción en forma total y no parcial; finalmente señala que la empresa actuó de buena fe, al pagar a favor del trabajador los salarios y vacaciones, sin embargo, al presentarse la liquidación de la empresa, los socios entraron en discordia, por lo tanto, se debe revocar la sentencia y las costas tasadas en el trámite procesal.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por las partes al momento de sustentar el recurso de apelación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Insiste, la parte demandada, a través de la alzada, en que no se configuran los elementos del contrato de trabajo.

Al respecto, sea lo primero señalar que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST. De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Así, se tiene a folio 25 del archivo 1 del expediente

digital, certificación laboral emitida el 25 de marzo de 2017, por Alexandra Botero Lovo, en calidad de gerente general de Ecología Urbana S.A., en el que indica que;

“el (a) señor (a) JOSE MONTERROZA VITOLA identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 92.225.500, labora con ECOLOGÍA URBANA S.A. NIT 900.717.796-7, desde el 29 de Octubre de 2014, con contrato de Trabajo a término indefinido, desempeñando funciones de supervisor devengando un salario de Ochocientos cincuenta mil peso (\$850000). Actualmente laborando con dicha empresa...”

Adicionalmente, fue aportada carta de terminación del contrato de trabajo del 30 de octubre de 2017 y suscrita por el demandante (folio 26 del archivo 01 del expediente digital).

Por otro lado, se tiene que el demandante en interrogatorio de parte, informó haber laborado entre el 29 de octubre de 2014 y el 30 de octubre de 2017 con la empresa demandada, en el cargo de supervisor de logística, cumpliendo un horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde y que presentó carta de renuncia, al ver que no era constante el trabajo.

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la existencia del contrato de trabajo entre las partes contendientes dentro de las fechas anunciadas en la demanda. Acerca del cuestionamiento que hace el curador sobre la certificación debió desvirtuar dicha situación, lo que pasó por alto, siendo un documento con pleno valor probatorio. Además, Alexandra Botero Lovo, a la hora de expedir la certificación a la cual se hizo referencia en forma precedente, en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido en el año 2016 y 2017 (folios 16 a 23 del archivo 1), se vislumbra, que en los dos documentos, se indica que la aludida señora, ostentó en primer lugar, la calidad de representante legal y posteriormente, el de representante legal suplente, luego entonces, si era una representante de la empresa (artículo 32 del CST) y por ende, se encontraba facultada para certificar el servicio prestado por el trabajador.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIDAD DE LOS SOCIOS

Solicita el promotor litigioso, se fulmine condena contra Magdalena María Lovo Bernal y Emira Celia Lamus de Manrique, en calidad de socias de la empresa Ecología Urbana S.A.S., aduciendo que, éstas se beneficiaron de los servicios del

demandante. En primer término, es de indicar que, las personas naturales anteriormente señaladas fueron convocadas, con el fin de que, respondieran solidariamente, por las acreencias causadas a favor de José Monterroza Vitola y de acuerdo a los fundamentos fácticos, así como el debate planteado, resultaba prístino analizar la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 36 del CST, como en efecto lo analizó el a quo y hoy es objeto de alzada.

Al respecto, la solidaridad consiste en la posibilidad de exigir la totalidad del crédito a cualquiera de los deudores o por cualquiera de los acreedores, siempre que provenga de convenio, testamento o de la ley. “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establezca la ley” (art. 1568 del CC).

Es así como a las voces del artículo 36 del CST, este consagra “Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.”. Debiendo recordarse que en materia mercantil las sociedades pueden ser de personas o de capital o por acciones, encontrándose en estas últimas, las simplificadas por acciones, las cuales fueron creadas con la Ley 1258 de 2008 y en la que, se regló en su artículo 1° que, “Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”, preceptiva legal respecto de la cual se hizo control de legalidad por la H. Corte Constitucional en sentencia C094-2014 y estudio de igualdad en la sentencia C-237-2014, no encontrándose violación de derechos laborales y principios constitucionales.

Agregándose en el artículo 2°, de la preceptiva enunciada, que esta sociedad “...una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas”, saltando en forma palmaria la inviabilidad de la declaratoria de responsabilidad de los socios, al no encontrarse acreditados los presupuestos legales para ello, tal y como lo señaló el a quo.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Otro punto, aducido tanto por la parte actora como el curador ad litem de Ecología Urbana SAS, es la aplicabilidad e imposición de la aludida sanción, pues en el sentir del promotor litigioso, ésta debe ordenarse desde la fecha del finiquito

contractual hasta cuando se produzca el pago de las acreencias laborales y no limitarse hasta los 24 meses y, posterior a ello, ordenar el reconocimiento de intereses moratorios y a su turno, el auxiliar de la justicia, estima que el actuar de la demandada se encuentra revestido de buena fe.

Respecto a las inconformidades planteadas, debe señalarse que la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. La jurisprudencia laboral ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016). En este asunto no existe un solo indicador de buena fe, pues, quedó suficientemente acreditado que, al fenecimiento del vínculo laboral, la convocada a juicio no pagó las acreencias laborales causadas a favor de su trabajador.

Adicionalmente, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que, si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley, criterio compartido por la mayoría de la sala y en tal sentido, se muestran de acuerdo con la forma de cuantificar esta sanción por parte del a quo, al seguirse sobre el particular lo sentado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, por lo que se confirmará este punto. Sin embargo, el magistrado sustanciador se aparta de dicho criterio, porque en este caso, cuando el salario devengado por el demandante es superior al SMLV, la norma es precisa al establecer que el empleador debe pagar una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaura antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederán los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas a partir del mes 25 y por los 24 meses anteriores el salario diario aludido; indemnización que debe estar en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, en la que precisó:

“No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual sí resultaría desproporcionado, pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios “a la tasa máxima” para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.”

La citada sentencia de la Corte Constitucional se constituye en una fuente obligatoria para todas las autoridades públicas en Colombia, incluidos los jueces, pues así lo ordena el artículo 243 de la Constitución Política, el cual es claro al indicar que:

“ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

Quiere ello decir que las sentencias que profiera la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y para los particulares. En el mismo sentido, los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y los artículos 21 y 22 del Decreto 2067 de 1991, establecen que las decisiones que dicte la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad son definitivas, de obligatorio cumplimiento y tienen efectos erga omnes.

Así lo expuso el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia C-621 de 2015:

“En punto a este tema, se resolvió la pregunta de si las sentencias de la Corte Constitucional son fuente obligatoria –art. 230 inciso 1º C.P. o un criterio auxiliar –art. 230 inciso 2º, a favor de la primera opción, es decir, las sentencias de la Corte Constitucional son fuente obligatoria para las autoridades. En punto a este tema sostuvo la Corte:

“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1º del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”.

Dados los anteriores derroteros, y teniendo en cuenta que en el sub examine el vínculo laboral finalizó el 30 de octubre de 2017 y la demanda se radicó el 13 de

junio de 2018 (acta de reparto fl. 9 del archivo 001), esto es, antes de transcurrir los 24 meses de la terminación del contrato de trabajo; y considerando que el salario devengado por el actor era superior al mínimo legal mensual vigente (año 2017 era de \$737.717), pues este fue fijado por la juez de conocimiento, y tal punto, no fue objeto de debate en esta instancia (\$850.000), la sanción impuesta por el juzgado de conocimiento se encuentra ajustada a derecho.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Solicita la parte accionada en su apelación que se declare probada la excepción de prescripción respecto de todas las condenas impuestas.

Al respecto, resulta pertinente señalar que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible, por regla general, salvo las prescripciones especiales señaladas en las leyes laborales (arts. 151 del CPT y SS y 488 y 489 del CST). Prescripción que puede ser interrumpida en los términos de dichos artículos y procesalmente tal como lo dispone el artículo 94 del CGP, y cuyo tenor es:

“Artículo 94.- Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado. (...)”

Revisadas las diligencias, se tiene que la demanda se radicó el 13 de junio de 2018 (fl. 9 del archivo 1), y el auto admisorio de la demanda se profirió el 12 de julio de 2018 siendo notificado al accionante por estado del 13 de julio siguiente (fl. 29). También está probado que la parte actora, por intermedio de la empresa de mensajería Top Express S.A.A., envió a la accionada dos citaciones para notificación personal, las cuales fueron devueltas por registrarse un cambio de domicilio y posteriormente, indicar no conocer a la convocada, efectuándose tal trámite, los días 3 de agosto de 2018 y 20 de septiembre de 2018, sin lograr la comparecencia de Ecología Urbana S.A.S. y consecuentemente, solicitarse el emplazamiento. Fue así como el juzgado de conocimiento el 21 de noviembre de 2018, ordenó la designación de curador ad litem, con el fin de representar a la demandada, sin embargo, tan solo, hasta el 6 de junio de 2019 y después de haber realizado

cuatro designaciones previas, fue posible, materializar dicho trámite, el 1° de agosto de 2019 (fl. 78, 105, 114, 119 y 125), presentándose reforma a la demanda el 26 del mismo mes y año y admitiéndose la misma con auto del 2 de septiembre de 2019 y consecuentemente, ordenándose la notificación de las personas convocadas a juicio, por medio de curador ad litem, presentándose nuevamente el inconveniente para la posesión y materializándose esta el 1 de julio de 2022, después de haberse realizado tres designación con anterioridad.

Por lo precedente, concluye la Sala que la parte demandante cumplió de manera diligente con las cargas procesales que le eran propias, pues las comunicaciones a la accionada fueron remitidas oportunamente, sin lograr la comparecencia de los demandados. Adicionalmente, el actuar del despacho fue diligente y la demora en la notificación, acaeció ante la no aceptación de la designación de los auxiliares de justicia efectuada en múltiples oportunidades. Por lo que, es claro que el extremo demandante no puede cargar con los efectos de la excepción de prescripción, por conductas que no le son atribuibles. Corolario de lo anterior, en el sub lite la interrupción de la prescripción debe entenderse desde el momento en que se presentó la demanda, imponiéndose confirmar la decisión del a quo en este tópico.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Sin costas en esta instancia, dadas las resultas de los recursos impetrados.

Notifíquese en legal forma a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

Con salvamento de voto parcial


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LIDIA BOLAÑOS FAJARDO CONTRA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ-ETB, y como interviniente ad excludendum a MARÍA HORTENSIA JUNTO DE TORRES (fallecida) y LEONOR BERNAL

En Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días de julio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Compañía de Seguros Positiva SA, contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en el grado jurisdiccional de consulta respecto a las condenas impuestas contra dicha entidad.

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

DEMANDA

Lidia Bolaños Fajardo, por intermedio de apoderado judicial, instaura demanda contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá- ETB, con el fin

que se declare que en calidad de compañera supérstite permanente del pensionado Carlos Julio Torres (q.e.p.d.) tiene derecho a la sustitución pensional en un 100% de la pensión que devengaba al momento de su fallecimiento, el cual acaeció el 1° de abril de 2013; además, se debe ordenar el pago de las primas semestrales, a partir de junio de 2013 y realizar los ajustes anuales; por otro lado, reclama que María Hortensia Junco de Torres y Leonor Bernal no tienen derecho a la sustitución pensional, al no haber convivido con el pensionado los últimos cinco años de su existencia; se deben reconocer los valores debidamente indexados, por otro lado, solicita que no se efectúen descuentos a los servicios de salud, por no haberse causado ni prestado dicho servicio; reclama la condena en costas y se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Como pretensión principal subsidiaria solicita se declare que María Hortensia Junco y Leonor Bernal al momento del fallecimiento de Carlos Julio Torres (q.e.p.d.) no estaban haciendo vida marital, ni tenían relación sentimental, durante los últimos 16 años de su existencia.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 51 del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: Carlos Julio Torres prestó sus servicios a la ETB por más de 20 años; ETB mediante Resolución No. 1240 del 5 de septiembre de 1985, reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación desde el 10 de julio de 1985 en la suma de \$74.039.⁵⁶; el Instituto de Seguro Social con Resolución No. 01906 del 24 de abril de 1989 reconoció la pensión de vejez a partir del 23 de mayo de 1986, pensión que resulta compartida con su empleadora; ETB reliquida la pensión de jubilación y con ella ordena la devolución de \$26.963.⁷² por ser el mayor valor pagado; la diferencia por pensión de jubilación quedó fijada por parte de la ETB en cuantía de \$79.326.⁹⁸ a partir del 1° de junio de 1989; Carlos Julio Torres desde el 26 de mayo de 1997 inició una relación sentimental con la actora, en virtud de la separación de hecho que se había dado con la señora María Hortensia Junco de Torres, por espacio superior a los treinta y cinco años; la convivencia de la pareja inició el 26 de mayo de 1997, en la ciudad de Ibagué; el 1° de diciembre de 2011 Carlos Julio Torres rindió bajo la gravedad de juramento una declaración extra proceso, en el que manifestó su relación

amorosa con la demandante; durante los 16 de convivencia, estuvo pendiente de su situación médica y le acompañó en su convalecencia hasta su fallecimiento; María Hortensia Junco de Torres, es la esposa del señor Carlos Julio (q.e.p.d.), pero, acepta que no ha convivido con él en los últimos 35 años de su existencia; pese a lo anterior, el señor Torres convivió con la señora Leonor Bernal; quien aparecía registrada como beneficiaria de los servicios de salud del pensionado era la aquí demandante, sin embargo, tales beneficios fueron suspendidos por falta de pago; dependía económicamente, de su compañero permanente; presentó reclamación de sustitución pensional ante la ETB pero la misma no ha sido resuelta, por ello, presentó acción de tutela; las señoras Junco de Torres y Leonor Bernal, no estuvieron pendiente de la situación médica de su compañero, mucho menos le prestaron auxilio y ayuda en los últimos días de su existencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demanda fue contestada de la siguiente manera;

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB SA ESP, sentó su oposición, al considerar que la negativa a reconocer la sustitución pensional del mayor valor, a cargo de la entidad, obedeció a la falta de documentos, requeridos en mayo de 2013, por lo que, debe remitirse la documentación a Positiva, teniendo en cuenta el contrato de conmutación pensional celebrado con dicha entidad. Aceptó como ciertos, los hechos atinentes a la prestación de servicios del pensionado fallecido, así como el reconocimiento de la pensión jubilación a partir del 10 de julio de 1985 y posterior pensión de vejez a cargo del extinto Instituto de Seguros Sociales y el pago de la diferencia pensional a partir del 1° de junio de 1989, también la presentación de la declaración extra juicio rendida por el pensionado, y respecto a los demás hechos, dijo que no le constaban o no eran ciertos. Como medio de defensa propuso las excepciones de inexistencia de obligación a cargo de ETB - falta de legitimación en la causa por pasiva, actuación de buena fe por parte de la demandada, prescripción y la genérica (folio 141 del archivo 1).

Ramiro Torres Junto y Marco Antonio Torres Junco, solicitaron su vinculación al proceso como sucesores procesales de María Hortensia Junco de Torres (q.e.p.d.), ya que, su fallecimiento, ocurrió el 15 de octubre de 2015 (folio 208 del archivo 1), a renglón seguido, conforme a ello, presentaron demanda como intervinientes ad excludendum, en la cual, reclaman se declare que la señora Junco de Torres, cumplía con los requisitos legales para que le sea sustituida la pensión de vejez que devengaba Carlos Julio Torres, de acuerdo al tiempo de convivencia que tuvo con su cónyuge. Consecuencialmente, reclaman se reconozca post mortem la sustitución pensional a su favor, se condene al pago del retroactivo pensional desde el 1 de abril de 2013 hasta el 15 de octubre de 2015, junto con las mesadas adicionales.

Como fundamentos fácticos relatan que, Carlos Julio Torres nació el 22 de mayo de 1926 y laboró para la ETB, por más de 15 años, por lo que, le fue reconocida pensión de jubilación en el año 1985; a su turno, el ISS le reconoció pensión de vejez a partir de mayo de 1986, la cual es compartida con la reconocida por la ETB y, por tanto, dicha entidad, solo debe pagar el mayor valor; ETB pagó la pensión en forma completa hasta mayo de 1989; Carlos Julio y Hortensia Junco contrajeron matrimonio el 16 de julio de 1955; la pareja procreó cuatro hijos, sin embargo, Carlos Julio Torres Junco - hijo, falleció el 7 de diciembre de 1980; la pareja nunca se divorció, ni disolvió la sociedad conyugal; la pareja convivió desde la fecha de su matrimonio hasta el año 1977, sin que se presentara convivencia simultánea con otra persona; María Hortensia falleció el 14 de octubre de 2015; ETB no sustituyó la pensión de jubilación a su favor; radicaron petición ante la ETB el 12 de agosto de 2017 y el 9 de enero de 2018 se recibió respuesta desfavorable; el 14 de diciembre de 2015 Lidia Bolaños radicó demanda contra Colpensiones, solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue asignada al Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, despacho judicial que el 13 de junio de 2018, profirió sentencia de primera instancia, en la que, ordena el reconocimiento pensional a favor de María Hortensia en un 78% y a favor de Lidia Bolaños en un 22% y consecuencia de ello, ordenó el pago de la pensión de vejez, en dichos porcentajes; el 15 de agosto de 2018, la Sala Laboral del Tribunal Superior, adicionó la sentencia, en el sentido de indicar que la prestación debía reconocerse en el mismo número de mesadas que se

venían pagando al pensionado fallecido y revocó la condena en costas impuestas a Colpensiones, confirmando en lo demás la sentencia (folio 221 del archivo 01). Con auto del 22 de enero de 2019, se admitió la solicitud de sucesión procesal presentada por los señores Torres Junco (folio 317 del archivo 1).

Dilia Torres Junco, solicitó también su vinculación al trámite como sucesora procesal de María Hortensia Junco de Torres (q.e.p.d.) y reclama las mismas peticiones de sus hermanos y con fundamentos en los mismos hechos, por ello, el juzgado de conocimiento con auto del 22 de mayo de 2019, declaró también la sucesión procesal frente a esta heredera y ordenó la designación de curador ad litem para los herederos indeterminados de la señora Junco de Torres (folio 338, 345, 355 del archivo 1).

ETB se pronunció respecto a la demanda de la heredera vinculada como interviniente ad excludendum, indicando que la sucesora procesal debía allegar la documental necesaria para que Positiva Compañía de Seguros procediera al estudio de la sustitución pensional, respecto al mayor valor a cargo de la ETB, al ser la prestación compartida con Colpensiones. Aceptó como cierto que, el pensionado nació el 22 de mayo de 1926; prestó sus servicios a favor de la ETB por espacio superior a los 15 años y por ello, le había sido reconocida la pensión de jubilación; el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir de mayo de 1986 y se compartió la prestación con la ETB; la entidad empleadora pagó en forma completa la pensión de jubilación hasta mayo de 1989 y a partir de dicha data, solo pagó el mayor valor a su cargo; Carlos Julio Torres falleció el 1 de abril de 2013. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación a cargo de ETB - falta de legitimación en la causa por pasiva, actuación de buena fe por parte de la demandada; prescripción y la genérica. Contestando la demanda respecto a Ramiro y Marco Antonio Torres Junco en el mismo sentido (folio 359, 372 del archivo 1).

Con auto del 1 de octubre de 2019, se ordenó la vinculación de Positiva Compañía de Seguros S.A., como litis consorte necesario (fl. 390 del archivo 1)

El curador ad litem de los herederos indeterminados de María Hortensia Junco de Torres (q.e.p.d), se opuso a la prosperidad de las pretensiones al estimar que se puede encontrar acreditados elementos fácticos que contradigan las pretensiones incoadas por los intervinientes ad excludendum. En cuanto a los hechos dijo que estos no le constaban. Propuso como excepciones la de no haberse ordenado citación de otras personas que la ley dispone citar; posible nulidad y la genérica (folio 416 del archivo 1).

A su turno, Positiva Compañía de Seguros S.A., se opone a que se declare que Lidia Bolaños es beneficiaria de la sustitución pensional de Carlos Julio Torres (q.e.p.d.), al no encontrarse acreditados los requisitos para declarar el derecho que se pretende. En lo tocante a los hechos, aceptó como cierto, el reconocimiento pensional realizado por la ETB y posteriormente por Colpensiones y los demás, dijo no constarle. Como medios exceptivos propuso las de, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe y la genérica (archivo 11 del expediente digital).

En audiencia pública celebrada el 28 de marzo de 2022 se corrió traslado a Positiva Compañía de Seguros S.A., para que se pronunciara respecto a la demanda presentada por los sucesores procesales de María Hortensia Junco (q.e.p.d.) (archivo 27 del expediente digital). De acuerdo a la orden impartida por la juez de conocimiento, la entidad procedió a pronunciarse respecto a la demanda incoada, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, desconocía que María Hortensia cumpliera con los requisitos legales para ser beneficiaria de la prestación reclamada y tampoco es la competente para reconocer la pensión. Aceptó como cierto lo tocante al reconocimiento pensional efectuado por Colpensiones y en cuanto a los demás fundamentos, dijo no constarle. Propuso como excepciones las que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, la genérica o innominada (archivo 29 del expediente digital).

El 6 de julio de 2022, se ordenó sanear el proceso y, consecuencia de ello, se corrió traslado a Lidia Bolaños, respecto a la demanda presentada por los

sucesores procesales de María Hortensia Junco (archivo 38 del expediente digital), precisando que acepta el derecho que le asistía a la señora María Hortensia, respecto al reconocimiento pensional, sin embargo, se opuso a la proporción reconocida a favor de cada una. En cuanto a los hechos, aceptó como cierto que Carlos Julio Torres hubiese nacido el 22 de mayo de 1926, que Colpensiones le reconoció pensión de vejez y se compartió dicha prestación con la pensión de jubilación reconocida por la ETB; por otro lado, que Carlos Julio contrajo matrimonio con María Hortensia Junco el 16 de julio de 1955; el fallecimiento del pensionado ocurrió el 1 de abril de 2013; la presentación de derecho de petición ante ETB ocurrió el 12 de agosto de 2017, la cual fue desatada en forma desfavorable a la peticionaria; el 14 de diciembre de 2015, Lidia Bolaños había radicado demanda contra Colpensiones, solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siendo conocido dicho trámite por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá y en la sentencia se reconoció el beneficio pensional, conforme al tiempo de convivencia que se encontraba acreditado en el trámite. Como excepción de mérito propuso la genérica (archivo 40 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 63 del expediente digital), en la que condenó a la ETB a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por el mayor valor de la pensión de jubilación por el fallecimiento del señor Carlos Julio Torres (q.e.p.d.) a la señora María Hortensia Junto de Torres (q.e.p.d.) a través de sus herederos determinados Dilia Torres Junto, Ramiro Torres Junto y Marco Antonio Torres Junco, en calidad de cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente y separa de hecho en un 78% desde el 1 de abril de 2013 y hasta el 13 de octubre de 2015, fecha del deceso de la señora Junco y se declara probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de septiembre de 2014 y fijó como retroactivo a su favor, la suma de \$17.280.452,⁸⁰, suma que debía ser indexada al momento de su pago; adicionalmente, condenó a ETB a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de Lidia Bolaños Fajardo en un 22%, sobre el 100% de la mesada pensional, en

calidad de compañera permanente del señor Carlos Julio Torres (q.e.p.d.), a partir del 1 de abril de 2013 y hasta el 13 de octubre de 2015, fecha del deceso de la señora María Hortensia Junco, y declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de septiembre de 2014, fijando como retroactivo a su favor la suma de \$4.722.823,19, debidamente indexarse al momento del pago; condenó a ETB a acrecentar la mesada pensional de Lidia Bolaños Fajardo en un 100%, a partir del 14 de octubre de 2015 y fijó como retroactivo causado hasta el 30 de septiembre de 2022, en cuantía de \$173.484.629,⁰², sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y ordenándose la indexación de la suma ya referida.

Igualmente, condenó a Positiva Compañía de Seguros Positiva S.A., a pagar las mesadas pensionales a los demandantes principales e intervinientes excluyentes teniendo en cuenta el contrato de conmutación pensional celebrado entre ETB y dicha entidad, de acuerdo al contrato 4600013076; declaró probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación respecto al pago de intereses moratorios de la Ley 100 de 1993, así como de los descuentos de salud e intereses de la Ley 1437 de 2011 y probada de oficio la excepción de cosa juzgada en relación a la demandante principal Lidia Bolaños y herederos determinados de María Hortensia Junco de Torres, frente a la convivencia y proporción de convivencia establecido por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá; se abstuvo de imponer condena en costas, ordenó la consulta de la providencia a favor de Positiva.

Fundó su determinación en que, la norma aplicable en el presente caso era la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, por otro lado, estudió de oficio, la excepción de cosa juzgada, teniendo en cuenta para tal efecto, la decisión adoptada por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se ordenó reconocer la sustitución de la pensión de vejez a favor de la señora María Hortensia en un 78% y a favor de Lidia Bolaños en un 22%, de acuerdo al tiempo de convivencia acreditado con el señor Carlos Julio Torres (q.e.p.d.); encontrando una identidad de partes, respecto a las aquí demandantes, además, que dicho trámite se fundó en las mismas situaciones fácticas, aquí relacionados, es decir, la convivencia con el pensionado fallecido, luego entonces, se zanjó tal controversia por el otro despacho judicial, resultando

procedente tener en cuenta, el porcentaje de vida en común entre el fallecido y las aquí demandantes, para reconocer los derechos aquí reclamados; aplicando la prescripción, de acuerdo a la fecha en que se presentaron las reclamaciones administrativas las promotoras litigiosas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Positiva Compañía de Seguros, estima que, en el contrato de conmutación pensional con ETB quedó estipulado, que la entidad seguiría liquidando, pero con cargo de ETB; además, que a la fecha del traspaso pensional, la entidad ignoraba el derecho que podían tener las aquí demandantes; por otro lado, considera que la entidad es una mera administradora y, en tal sentido, se debe ordenar a la ETB el traslado de los dineros correspondiente para efectuar el pago de dichos rubros.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

CONMUTABILIDAD PENSIONAL - PENSIÓN DE JUBILACIÓN COMPARTIDA

Dentro del proceso no se controvierte que Carlos Julio Torres (q.e.p.d.) prestó sus servicios a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, por espacio superior a los 20 años y por ello, mediante Resolución No. 1240 del 5 de septiembre de 1985, su empleadora, le reconoció y ordenó pagar una pensión de jubilación a partir del 10 de julio de 1985, en cuantía de \$74.039,⁵⁶, de acuerdo a los salarios devengados durante el último año de servicios, posteriormente, el otrora Instituto de Seguros Sociales con Resolución No. 01906 del 24 de abril de 1989, le otorgó una pensión de vejez a partir del 23 de mayo de 1986, consecuencia de ello, la Empresa de Teléfonos emite la Resolución No. 1177 del 24 de mayo

de 1989, en la que, fija la diferencia pensional a reconocer por la entidad al ex trabajador, a partir del 1° de junio de 1989, dada la naturaleza compartida de la prestación económica (fl. 9 a 13 y 165 del archivo 1).

Ahora bien, ETB y Positiva, celebraron el contrato de conmutación total de pasivo pensional No. 4600013076 del 31 de julio de 2013, en el que, se estipuló como objeto del mismo “El presente contrato tiene por objeto regular las relaciones entre ETB y POSITIVA, derivadas de la conmutación total del pasivo pensional correspondiente a los pensionados relacionados en el **anexo 1** que hace parte integral de este contrato; a través de la transferencia de riesgo que hará ETB a POSITIVA mediante la suscripción de una póliza de SEGURO DE PENSIONES CON CONMUTACIÓN PENSIONAL, y se regirá también por las disposiciones contenidas en este y demás documentos que lo conformen o complementen”, agregándose en este punto que, “Para los efectos del presente contrato, la conmutación total del pasivo pensional se aplica única y exclusivamente frente a las mesadas pensionales ordinarias y adicionales (mesadas 13 y 14 según aplique) de las pensiones legales por jubilación, extralegales por disposición convencional o mutuo acuerdo devenido de Planes de Pensión Anticipada, pensiones ordenadas por disposición judicial y su correspondiente sustitución y en general toda pensión a cargo de ETB que tenga como beneficiario a los pensionados relacionados en el Anexo 1, así como también el auxilio funerario del cual se benefician únicamente los pensionados plenos o jubilados totalmente por la empresa”.

Además, en la cláusula segunda, del aludido contrato, se estipuló que “**GRUPOS ACTUARIALES.** Las modalidades de pensión incluidas en la conmutación total del pasivo pensional en el SEGURO DE PENSIONES CON CONMUTACIÓN PENSIONAL son las siguientes: a) Jubilados con pensión compartida, b) Jubilados con expectativa de pensión del Sistema General de Pensiones, c) Jubilados totalmente por la empresa, d) Beneficiario vitalicios, y e) Beneficiarios temporales”. Señalándose, en la cláusula tercera, que, “para efectos de la expedición de la póliza de seguros de pensiones con conmutación pensional, se establece como valor inicial de la prima el valor de UN BILLÓN TESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$1.375.000.000.0000.00), Este valor se encuentra compuesto por el valor del cálculo actuarial de referencia a 31 de agosto de 2013, que equivale a UN BILLON DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS ONCE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (1.231.411.396.906.00) calculado con una tasa de interés técnico real del 4.0%, más un valor adicional que corresponde al once punto sesenta y seis (11.66%) sobre el monto del cálculo actuarial de referencia antes descrito” (folio 152 a 164 del archivo 1).

Por otro lado, en el párrafo primero de la cláusula tercera, dejaron sentadas las entidades que, “En el evento en que ETB reconozca una nueva pensión que no haya sido

incluida dentro de la población conmutada o dentro del cálculo actuarial de referencia, ETB procederá a la realización del respectivo cálculo actuarial aprobado por el comité técnico de actuarios el cual será trasladado a Positiva y hará parte de la conmutación pensional objeto de este contrato”

Fue así como la Junta Directiva de la ETB en actas Nos. 240 de diciembre de 2012 y 260 de mayo de 2013, aprobó la conmutación total del pasivo pensional a Positiva S.A., por medio de una póliza de seguro de pensiones, previo a darse el aval al cálculo actuarial efectuado y los correspondientes conceptos favorables a dicha diligencia (fl. 154 de la cláusula décimo segunda del contrato).

Bajo tales derroteros, no se puede pasar inadvertido lo dispuesto en los artículos 3° y 4° del Decreto 1260 de 2000, en el que se establecen las formas, el objeto y los efectos de la figura de la conmutación pensional, así,

“ARTÍCULO 3°. Formas de conmutación total. La conmutación pensional total como mecanismos de normalización pensional podrá realizarse:

- a) Con el Instituto de Seguros Sociales;*
- b) Con una compañía de seguros a través de una renta vitalicia;*
- c) Por medio de un retiro programado administrado por una administradora de fondos de pensiones;*
- d) Por los demás mecanismos que señale el Gobierno Nacional de acuerdo con la ley.*

La respectiva empresa podrá escoger para todos sus trabajadores y pensionados la conmutación pensional con el Instituto de Seguros Sociales o con una compañía de seguros. El trabajador o pensionado podrá solicitar que en su caso se proceda a la conmutación pensional a través de retiro programado. En este evento, la suma que se destine para el retiro programado será equivalente al valor que la empresa debería pagar al Instituto de Seguros Sociales o a la compañía de seguros por la conmutación respecto del trabajador o pensionado, según el mecanismo que la misma haya escogido. Para este efecto, con una antelación no menor de un mes a la fecha prevista para realizar la conmutación pensional, deberá informarse a los trabajadores y pensionados la posibilidad que tienen de solicitar que la misma se realice a través de un retiro programado, para lo cual el empleador le suministrará la información que determine la Superintendencia Bancaria con el fin de que los mismos cuenten con los elementos de juicio adecuados. Transcurridos quince días hábiles sin que los trabajadores o pensionados hayan manifestado su voluntad de acogerse al retiro programado se entenderá que no lo aceptan.

Artículo 4°. Objeto y efectos de la conmutación total. La conmutación pensional total tendrá por objeto lograr que se pague a quienes tengan o lleguen a tener derecho a ella, la respectiva mesada pensional en el monto que corresponda al momento de la conmutación de acuerdo con la ley o la convención o pacto colectivo. Igualmente en el caso de empresas particulares, se tomarán en cuenta adicionalmente los respectivos acuerdos o contratos que se hayan celebrado válidamente entre la empresa y sus empleados.

Una vez realizada la conmutación pensional total, la empresa quedará liberada de la obligación de pago de la pensión.”

De las argumentaciones esgrimidas, se tiene que la empleadora trasladó su obligación pensional en forma íntegra a Positiva S.A, quien, actualmente, tiene a su cargo el pago de las pensiones reconocidas en forma previa por la ETB, de acuerdo al contrato celebrado entre éstas, el cual no puede ser desconocido por las partes ni en esta instancia, por lo que, se ordenará, tanto a ETB como a Positiva Compañía de Seguros, que procedan a efectuar una revisión de la información, respecto a los pensionados que se encontraban registrados para la fecha de suscripción del contrato, y que fueron objeto de conmutación pensional, y de esta manera determinen si allí se encontraba registrado el señor Carlos Julio Torres (q.e.p.d.), ya que al expediente no fueron aportados los anexos del contrato.

En caso de no haberse incluido al pensionado en dicho convenio, las entidades, deberán adelantar las gestiones necesarias, tendientes a salvaguardar los derechos pensionales que les asiste a las beneficiarias de la prestación, concediéndose para tales efectos, el término máximo de noventa (90) días, siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, para que realicen dicha labor e informen a los reclamantes de sus hallazgos, con el fin de que Positiva Compañía de Seguros, proceda a efectuar el pago de las mesadas reconocidas a favor de Lidia Bolaños y María Hortensia Junco de Torres (q.e.p.d.), por intermedio de sus beneficiarios.

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

R E S U E L V E

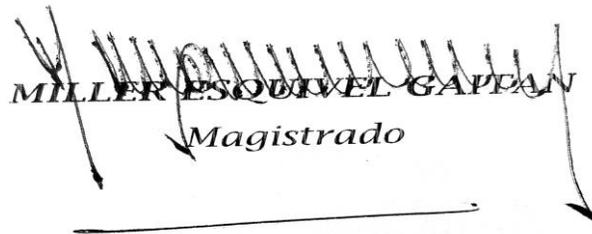
Primero.- Adicionar la sentencia, en el sentido de ordenar a Positiva Compañía de Seguros y a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB, para que en el término de noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, realicen la verificación y trámites administrativos

necesarios con el fin de cubrir la obligación a cargo de Lidia Bolaños y María Hortensia Junco de Torres (q.e.p.d.) por intermedio de sus beneficiarios, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

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

Tercero.- *Sin costas en esta instancia.*

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


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE JOSÉ YESID CAMPOS TORRES CONTRA CIUDAD MÓVIL SAS*

En Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días de julio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

José Yesid Campos Torres, actuando por intermedio de apoderado judicial, demando a Ciudad Móvil SAS, con el fin que se declare que la terminación del contrato del 5 de abril de 2018, se constituyó en un despido sin justa causa, asimismo, se declare que la bonificación recibida por el actor como contraprestación directa del servicio y de forma habitual es factor salarial. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria por no cancelar de forma completa la liquidación final de prestaciones sociales y no tener como factor salarial la bonificación recibida como contraprestación directa y de

forma habitual constituyéndose salario. Se condene a Ciudad Móvil SAS al pago de la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios y vacaciones desde el 16 de julio de 2009 y hasta el 5 de abril de 2018. De la misma manera, se condene a la demandada al pago de la sanción por no consignación de las cesantías; a la reliquidación de los aportes realizados al sistema de seguridad social integral en salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar, durante la existencia del contrato de trabajo; que se indexen los valores reconocidos, así como los perjuicios materiales y daño moral, padecidos por el actor durante el tiempo que ha permanecido cesante. Finalmente, se condene al pago de lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas y agencias en derecho que se causen.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 5 del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que; el 16 de julio de 2009 fue vinculado a la Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A.S. Ciudad Móvil, mediante contrato de trabajo a término indefinido; tenía un salario variable, el cual era pagado quincenalmente; recibió en forma habitual una bonificación y como contraprestación de sus servicios reconocida en la primera quincena de cada mes desde el inicio de su contrato; en el año 2009, 2011 y 2017, recibió un auxilio, denominado bono de mera liberalidad y luego auxilio de educación, para el año 2010, solo recibió el bono por mera liberalidad; para el año 2012, 2013 y 2015, recibió un auxilio de educación; para el año 2014 le fue pagado un auxilio de educación por mera liberalidad; en el año 2016 le pagaron un auxilio bono; al momento de liquidarse las prestaciones sociales no se tuvo en cuenta como factor salarial la bonificación recibida por el demandante; el 28 de febrero de 2018 tuvo un incidente con el articulado de Transmilenio que conducía y una pasajera fue aprisionada por una puerta del articulado en la estación de Transmilenio de Alcalá; el vehículo sufrió daños en un espejo por violencia de otro usuario; cumplió con el protocolo dispuesto por la sociedad demandada para estos casos, recibiendo instrucciones para irse del sitio, pero nunca abandonó el lugar de los hechos de manera irresponsable; para el 28 de febrero de 2018 no sabía que la pasajera estaba herida o lesionada, por el contrario, ella salió de la estación por sus propios medios; desde el puesto de control dieron la orden de retirar el vehículo a los patios; el 1° de marzo de 2018 elaboró un informe sobre los hechos presentados con la usuaria; el 4 de abril de 2018 es llevado a diligencia de descargos a raíz de la presunta falta a sus obligaciones y protocolos en el

manejo del incidente ocurrido; entre la fecha del incidente y la citación a descargos trascurrieron 35 días; el 5 de abril de 2018 la sociedad demandada notifica de la finalización de contrato de trabajo con justa causa, por lo que se rehusó a firmar la misiva; durante el vínculo laboral, no le hicieron llamados de atención, ni sanción disciplinaria; la terminación del contrato le generó un daño moral, al presentarse angustia, intranquilidad, preocupación y demás; el 12 de julio de 2018 la usuaria afectada desistió de la acción penal; el 21 de agosto de 2018 elevó reclamación solicitando el pago de acreencias laborales y la entrega de los desprendibles de pago.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Ciudad Móvil SAS dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, sustentando su oposición en que, el despido del trabajador, obedeció a una justa causa, respecto a los beneficios extra legales reconocidos al trabajador, indicó que, a la suscripción del contrato de trabajo, se estipuló que estos no constituirían factor salarial, sin embargo, a partir del 1° de enero de 2016, el mismo fue tenido en cuenta para la liquidación de acreencias laborales. En cuanto a los hechos aceptó, haber suscrito contrato de trabajo a término indefinido con el demandante el 16 de julio de 2009, donde se pactó el pago del salario en forma quincenal; la terminación del contrato fue notificada al demandante el 5 de abril de 2018 y que la usuaria afectada con el aprisionamiento desistió de la acción penal, el 12 de julio de 2018; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación demandadas, compensación, prescripción, buena fe y la genérica. (fl. 23 del archivo 02 del expediente digital);

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital) en la que declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, desde el 16 de julio de 2009 hasta el 5 de abril de 2018, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa,

por lo tanto, se debía pagar por este concepto, la suma de \$9.502.174,07. Declaró probadas parcialmente las excepciones denominadas cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones demandadas, respecto a la reliquidación de acreencias laborales, declaró no probada la excepción de prescripción. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas a la demandada.

Cimentó su decisión en que la terminación del contrato de trabajo fue exagerada y, por tanto, injusta al encontrar acreditado que, el actor había comunicado sobre el incidente ocurrido en la estación de Transmilenio, esperó a que llegase la autoridad de tránsito, pero al no concurrir, recibió la orden de mover el vehículo, no avizorando una conducta negligente, no resultando proporcional la decisión adoptada, teniéndose en cuenta el tiempo de servicio y trayectoria del servicio prestado por el actor; respecto al bono de mera liberalidad, concluyó que no dependía de la actividad del trabajador y tampoco era constante, por lo que, no podía ser tenido como factor salarial; del auxilio de educación y salud pagados a partir de marzo de 2011 y hasta diciembre de 2015, conforme al acuerdo celebrado entre las partes, precisó que, este era ambiguo y general, sin embargo, este tampoco tenía como objetivo retribuir el servicio del trabajador y no era uniforme su pago; cosa diferente ocurre, respecto al bono pagado a partir de 2016, el cual fue tenido en cuenta a la hora de liquidar las acreencias laborales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión adoptada por el despacho, las partes incoaron recurso de apelación en los siguientes términos:

La parte actora reprocha que no se hubiese tenido como factor salarial, el bono de mera liberalidad, el auxilio de educación y salud, al estimar que tienen como objeto retribuir el servicio del trabajador, además, son habituales y la demandada no demostró que tales conceptos tenían una destinación específica, luego, entonces, se deben reliquidar las acreencias reclamadas en la demanda.

Por su parte, Ciudad Móvil SAS, reprocha la condena impuesta en los ordinales 2, 4 y el 6 argumentando para tal efecto, que no fue analizado el interrogatorio de parte del demandante, ya que, este aceptó que fue capacitado en los

procedimientos que debía seguir en el desarrollo de su labor, y, en segundo lugar, aceptó que omitió informar la situación de la mujer aprisionada durante el incidente en mención; por otro lado, reprocha que no se hubiera estudiado el acta de descargos, en el que, aceptó sobre el aprisionamiento de una usuaria, huyendo del sitio de los hechos, sin brindar ayuda a la lesionada; adicionalmente, que en el contrato de trabajo y reglamento de trabajo se establecieron las faltas graves para finiquitar el vínculo contractual y en tal sentido se debe revocar las condenas impuestas contra su representada.

CONSIDERACIONES

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

NEXO LABORAL - TERMINACIÓN DEL CONTRATO

No es objeto de controversia en esta instancia, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 16 de julio de 2009 al 5 de abril de 2018, en virtud del cual el accionante desempeñó el cargo de “operador”; tal como se establece con el contrato de trabajo, la carta de terminación, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales (folio 20 a 25, 28 a 29 y 30 del archivo 1 del expediente digital); así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO- INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

La disputa se suscita frente a los hechos endilgados en la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, si se encuentran acreditados en el presente proceso y si constituyen justa causa para dar por terminado el vínculo.

Cumple, entonces precisar que se encuentra acreditado el hecho del despido, por tanto, es carga procesal del empleador demostrar la justeza del mismo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.

Bien, en el caso de autos, la determinación de la Sociedad Internacional de Transporte Masivo SAS - Ciudad Movil S.A.S. de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada al actor mediante carta fechada 5 de abril de 2018 (fls. 28 a 29); allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes:

“...Por la presente me permito informarle que esta empresa ha decidido, en forma unilateral con justa causa legal, dar por terminado el contrato individual de trabajo que con usted le vincula.

La terminación del contrato se fundamenta en el siguiente hecho cierto:

- 1. El día 28 de febrero de 2018 con el bus A-114 tiene una aprisionamiento con vandalismo en la estación Alcalá S-N , el acontecimiento ocurre cuando en la estación Alcalá al desalimentar cierra las puertas, sin precaución, aprisionando con una de ellas a una señora mayor de edad que va acompañada por un individuo que en su reacción da una patada a la puerta del bus rompiendo el vidrio, respecto de lo cual usted no siguió el protocolo para accidentes con lesionados, ya que, mueve el bus del lugar de los hechos y no le ofrece atención al lesionado desplazándose junto con el bus al patio norte sin autorización de autoridad de tránsito. Al llegar al patio reportó únicamente el rompimiento del vidrio por vandalismo, pero omitió el reporte por aprisionamiento y la falta de atención, además se retiró de la empresa. Lo anterior causó la inmovilización del bus.*

La empresa procedió a citarlo a diligencia de descargos para el día 04 de abril de 2018 para conocer su versión de los hechos y que ejerciera su derecho de defensa, diligencia en la que usted admitió que en efecto ocurrió el aprisionamiento en la forma indicada en el hecho que da origen al proceso disciplinario, aludiendo que acepta el error que da origen al proceso disciplinario, aludiendo que acepta el error como todo ser humano y que no lo hizo de mala intención.

Pese a sus explicaciones la empresa reprocha de forma severa su actuar, por cuanto es de su pleno conocimiento el protocolo que debe seguirse cuando se presenta en un accidente lesionados, tal como ocurrió en el evento de fecha 28 de febrero de 2018 donde usted con la puerta del bus aprisionó a una usuaria y en lugar de prestar asistencia y colaboración a la misma decidió mover el bus del lugar de los hechos sin ningún tipo de autorización por autoridad de tránsito, lo que ocasionó la inmovilización del bus y a su vez perjuicios para la compañía.

*Por otra parte, su incumplimiento al protocolo además de lo descrito en precedencia obedece a que usted al momento de llegar al patio únicamente reportó el rompimiento del vidrio por vandalismo **omitiendo reportar el evento de aprisionamiento ya descrito, incumpliendo de esta forma las obligaciones por usted contraídas al momento de suscribir el contrato de trabajo.***

En este punto ha de señalarse que la falta por usted cometida es un claro incumplimiento a las obligaciones contraídas por usted con la empresa, además de faltar a su deber de obediencia y fidelidad, conforme lo normado en el artículo 56 del C.S.T., recordándole que por su actuar se causaron perjuicios a la compañía debido a la inmovilización del vehículo.

La terminación del contrato tiene fundamento en el artículo 62 literal A numerales 10° y 6° en concordancia con el numeral 1° y 5° del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo.”

Como se observa del contenido de la carta de terminación del vínculo, el empleador le endilga al trabajador la forma indebida en que actuó en el incidente con un usuario del servicio, que, para la demandada es contraria a las obligaciones que como trabajador le corresponden, además de constituir, según su criterio una falta de obediencia y fidelidad, siendo todo ello, una actuación grave.

En este orden, verifica la Sala que fue aportada copia de la diligencia de descargos celebrada el 4 de abril de 2018, en relación con los hechos ocurridos el 28 de febrero de 2018 (folio 26 a 27 del archivo 1 y folio 540 y 541 del archivo 2), en la que se registró:

“Que hubo un error y lo acepto como todo ser humano uno puede tener fallas, yo vengo con el A114 el servicio termina en Alcalá y desocupa usuarios, yo miro mis espejos aproximo el vagón, paro, hago PTT y abro las puertas, es cuando los usuarios comienzan a bajar, yo mire los espejos que no hubieran usuarios hice PPT varias veces, cierro las puertas y desafortunadamente hay un punto ciego y no visualizaba bien, es cuando se cierran las puertas y fue cuando se aprisionó la usuaria, inmediatamente abrí las puertas, es cuando se baja la usuaria a la estación y cierro nuevamente las puertas y el señor que la acompañaba empieza a golpear con las manos el vidrio, yo lo miro por el espejo y el señor reacciona le da la patada al vidrio de abajo y lo rompe, ellos se van de la estación yo enseguida puse freno de seguridad y toque la bocina para pedir apoyo de TM10 y se me acercó un anfitrión de los de chaleco blanco el me preguntó que pasó y yo le dije que un usuario me rompió un vidrio por que TM10 no apareció el me dijo que moviera el bus y lo parqueara adelante es cuando tomé fotos y se las envié a Diego y a Giovanni por Whatsapp es cuando doy fonía para comunicarme con el centro de control para informar la novedad, yo no tenía conocimiento que la señora se encontraba lastimada dentro de la estación, al cabo de 20 minutos control me devuelve la llamada y es cuando aviso que el usuario me había roto el vidrio, control me pregunta si hay heridos y les dije TP2 osea que no hay heridos y me preguntan que el usuario que me rompió el vidrio estaba y les dije que no y ellos me dieron la instrucción de TP27 que es retirada al patio y me entra la llamada de la empresa confirmando que me dirigiera al patio. L señor del chaleco blanco también se me acerca y le toma fotos a la ruptura del vidrio y me dice que le dijo centro de control y le conteste que me fuera TP27, yo lo pregunté al señor de chaleco blanco si el señor que me rompió el vidrio estaba hay y me contestó que si y que había una usuaria lastimada yo no tenía conocimiento que fuera la usuaria que venía en el móvil y es cuando procedo a devolver me en el patio sin ninguna intención de fugarme es cuando llego al patio y el móvil lo recibe Jhon Lara el le toma fotos y le comenté que rompieron el vidrio y de pronto si omití lo del vidrio, quedó como vandalismo y parquién (sic) el móvil al lado del hangar y me desplazé para la casa y fue cuando me entró la llamada que me devuelva y sigue todo el protocolo de transito, el master Edgar torres me apoyó llamó a la abogada y como se tratata de una señora de edad se tenía que hacer el croquis el señor llegó a Alcalá me fui directamente al TM10 que se encontraba en la estación y es cuando le digo que yo tuve la novedad con la señora y le pregunté que había pasado y me dijeron que a la señora la había asistido la ambulancia TM11 en la estación y yo le dije que estoy respondiendo para que no diga que era una fuga, el señor que se hizo y me dijeron que el quería conciliar y que a la usuaria lesionada la llevaron a la clínica Colina para que la asistieran, esperé a que llegara transito y le comente la novedad y fue cuando me recalco por haber movido el bus y le conteste que Transmilenio me dio la instrucción y se hizo todo el procedimiento de patios y de URI. La persona que asistió en la clínica de la colina fue el master José Cartagena y me dijo que la señora salió caminando y que le dieron creo 10 días de incapacidad.

4. Si cuando llegó al patio ya sabía que había una persona lesionada por que no lo informó, sino que solamente reportó el vandalismo.

R/ Lo acepto fue un error mío haber informado solo lo del vandalismo y no el otro tema, no lo hice con mala intención"

El informe de investigación de accidente y/o incidente, en el que se registró como causas aparentes del accidente "usuario que se ubica en zona prohibida y es aprisionado por la puerta de servicio número uno, operador no realiza el debido protocolo establecido" e indicándose que, la causa principal del accidente fue "falta de cuidado por el OPCM" (folio 56 y 57 del archivo 2).

Jeison Andrés, en calidad de Representante Legal de Ciudad Móvil S.A.S., informó que, el 28 de febrero de 2018, José Yesid, tuvo un accidente y no incidente, el cual acaeció mientras prestaba un servicio, reportando en la estación, solamente el acto de vandalismo, correspondiente a la ruptura del vidrio, el cual se desencadenó porque el acompañante de una usuaria, que era de la tercera edad, resultó lesionada, por aprisionamiento, y el trabajador no reportó el accidente; estimando, que la señora, pudo ser atendida en centro médico, pero sin tener certeza que ello hubiere sido así, desconociendo, cuáles pudieron ser las lesiones que se pudieron causar. A renglón seguido, **José Yesid Campos Torres**, indicó que el 28 de febrero de 2018, se presentó un caso fortuito y no un accidente en la estación Alcalá, en la que fue roto un vidrio del vehículo, que conducía; además, que informó a la empresa y al centro de control, sin embargo, no vio la necesidad de informar del aprisionamiento, porque, él sigue el protocolo siempre y cuando vea que la usuaria está con una lesión verdadera, pero en este caso, los usuarios siguieron hacia la estación, entonces no consideró necesario reportar la situación; por otro lado, señaló que, después de informar a centro de control lo ocurrido, se le autoriza para que se dirija al patio, después de permanecer un tiempo prudencial esperando que lo atendieran "TM10", es decir, la policía y cuando llegó al patio informó únicamente la novedad del vidrio; que el protocolo establece que se debe informar, en caso, de que el usuario presente una lesión o se lastime, situación que no vio en ese momento.

Así, al analizar el material probatorio recaudado de conformidad con lo previsto en el artículo 61 del CPTSS, observa la Sala que no se encuentran probadas las infracciones a las obligaciones del trabajador como erradamente lo señaló la empresa, nótese como el demandante a la hora de rendir los correspondientes

descargos, indicó que, una vez arribó a la estación de Transmilenio de Alcalá, abrió las puertas del automotor, para que los usuarios se bajaran de éste; revisó los espejos y al no ver que quedara pendiente alguien por descender, cerró las puertas y fue cuando se presentó el aprisionamiento de la señora; sin embargo, ni ella, ni su acompañante informaron de tal hecho, ni mucho menos, que esta acción le hubiere causado alguna afectación a su salud, limitándose el tercero a golpear el automotor dando lugar al rompimiento de un vidrio, pero, luego partieron de allí, situación que devino en un llamado de ayuda del actor a los empleados de Transmilenio; no obstante, la policía no llegó, y, le fue solicitado mover el vehículo, por lo que, procedió a tomarle fotos y moverlo, después de permanecer en el sitio por espacio superior a los 15 minutos, control le autorizó para que se retirara a patio y así lo hizo.

Así las cosas, si bien el actor supo que había ocurrido una situación anómala al momento de terminar su recorrido con la usuaria, también es cierto, que en ese mismo instante, no se avizoró que se hubiese causado ningún daño o lesión a ésta, máxime, que tanto ella como su acompañante, salieron de la plataforma caminando; luego, entonces, resulta absurdo reprochar el hecho de no prestar ayuda a la usuaria, siendo que la vio alejarse por sus propios medios, pues, ante sus ojos no se había causado ninguna lesión a la ciudadana, concluyendo, que ante la falencia de una lesión o accidente, no era necesario reportar dicha novedad.

Además, sea de paso indicar, que no es cualquier falta la que da lugar a la terminación del vínculo laboral con justa causa, sino que tiene que ser de tal naturaleza que conlleve el calificativo de grave, esto es, que el desconocimiento de esas obligaciones y prohibiciones tienen que ser de una importancia que menoscabe en forma real la armonía, el buen desarrollo de la empresa o ponga en peligro los bienes de la empresa o seguridad de la misma o de los compañeros de trabajo.

No encuentra la Sala que la conducta del demandante esté revestida de gravedad como lo exige la ley para dar por terminado el contrato de trabajo, ya que es la medida de más trascendencia dentro del contrato de trabajo “La gravedad -cuyo neto sentido etimológico es peso -y resulta de tan difícil mensura para el juzgador suele ser, como en el caso del ord. 8º del artículo 62 del C.S.T., en énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal

hecho (mala conducta) haya producido perjuicio al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que pueden usarse por una de ellas en su exclusiva convivencia y como instrumentos lesivos de la otra. Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen al Juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En este caso como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los artículos 58 y 60 del C.S.T., y su violación grave, expresaba así por el ord. 8 del artículo 62 *Ibidem*, el juzgador califica con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos." (casación del 7 de julio de 1958).

Así, es claro que no se demostraron las justas causas achacadas al señor José Yesid Campos Torres para dar por terminado el contrato de trabajo, imponiéndose confirmar la decisión de primera instancia, ante la falencia probatoria de la demandada al tenor del artículo 167 del CGP.

DE LOS PAGOS EXTRALEGALES

El reparo de la parte recurrente se centra en no darse incidencia salarial a las bonificaciones que le fueron otorgadas al promotor, ya que, estas fueron reconocidas como contraprestación directa del servicio prestado, a pesar de haberse pactado por las partes como no constitutivo de salario.

Pues bien, a efecto de resolver el problema jurídico planteado cumple recordar que, con arreglo al artículo 127 del CST, constituye salario no sólo la remuneración fija ordinaria 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. A su vez, en los términos del artículo 128 *ibidem*, no constituyen salario: (i) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, (ii) lo que perciba en dinero o en especie, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, (iii) las prestaciones contenidas en los Títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo y los auxilios o beneficios habituales u ocasionales que se

acuerden contractual o convencionalmente, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie.

En este orden, no admite mayor discusión que los pactos de exclusión salarial previstos por el último de los preceptos reseñados, facultan a las partes para restar tal carácter a algunas sumas, beneficios, o auxilios, habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, siempre y cuando hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie, sin que pueda admitirse tal estipulación frente a aquellos conceptos que en forma categórica el artículo 127 ejusdem califica como remunerativos. Así, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 25 de enero de 2011, radicación 37037, que reiteró pronunciamientos anteriores, ha sido concluyente al señalar que “ Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, [...]. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz”. (Subrayas en la sentencia).

Así las cosas, en primer lugar, tenemos que, en el contrato celebrado el 16 de julio de 2009, en su cláusula séptima, se acordó que;

“SEPTIMA: Por las labores del trabajador, mediante el cumplimiento de todas las funciones a cargo, del empleador pagará como remuneración de los servicios prestados, un salario básico fijo mensual de Novecientos setenta y cuatro mil quinientos pesos m/cte (\$974.500.00) con el que se remunera no solo la labor ordinaria del trabajador, sino lo concerniente al descanso obligatorio remunerado.

(...)

PARÁGRAFO 2: A partir de la fecha se acuerda que el empleador por su mera liberalidad podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios o similares, bien sea por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas etc, y que las sumas que se reciban por tales conceptos no tendrán el carácter de salario y en consecuencia tampoco serán tenidas como factor prestacional para ningún efecto ni liquidación de acreencias laborales, todo de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo...”

Sin embargo, sobre dicho contrato, las partes el 1° de febrero de 2011 decidieron de “MUTUO ACUERDO”, acordar que (folio 53 del archivo 2 del expediente digital)“...EL EMPLEADOR, reconocerá mensualmente al TRABAJADOR unos Beneficios denominados “Compensación Flexible”, los cuales no constituyen salario por así acordarlo las partes de conformidad con los Artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, normas que subrogaron los Artículos

128 y 129 del C.S.T. los beneficios que a continuación se relacionan no constituyen salario, ni factor salarial o prestacional para todo efecto laboral, prestacional o indemnizatorio. Los beneficios a reconocer son los siguientes:

- Auxilio de alimentación (Tarjeta Davivienda Canasta)
- Auxilio de Salud y/o Educación.

CLÁUSULA SEGUNDA: Hemos acordado que EL EMPLEADOR se reserva el derecho de variar de forma unilateral las condiciones de este reconocimiento, sin que este constituya desmejoramiento alguno en las condiciones del TRABAJADOR por así acordarlo las partes.”

Por otro lado, se tiene, que a partir del 1° de enero de 2016, la empresa reconoció y tuvo en cuenta, el monto denominado bono, a la hora de liquidar las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, pues así fue aceptado por la demandada al momento de contestar la demanda.

En este punto, **Jeison Andrés** (representante legal de la demandada), expuso que, a partir del año 2016, se le reconocía al actor un bono, el cual era constitutivo de salario. El **demandante**, informó que la empresa le daba un auxilio de alimentación, a través de una tarjeta de canasta, además de un auxilio de salud y/o educación. **César Alberto Rosero**, fue director de recursos humanos de la empresa entre el año 2010 y hasta el año 2019; la empresa a partir del año 2016, reconocía el pago de un bono, que se pagaba a todos los operadores en forma mensual, dependiendo del desempeño del trabajador y fue tenido en cuenta como factor salarial; con anterioridad a dicha data, recuerda, que para el año 2011, se creó un plan de beneficios, en el que se concedían unos auxilios de alimentación, que se pagaba por medio de una tarjeta para la adquisición de alimentos, auxilios odontológicos, para el trabajador y su núcleo familiar, paseos a fin de año; los auxilios de salud y educación era para que lo utilizara el demandante o los hijos.

Sea lo primero indicar que, en lo tocante a los bonos reconocidos entre el 16 de julio de 2009 al 30 de enero de 2011, la cláusula del contrato de trabajo atrás referida es una disposición general y abstracta que se pactó desde el inicio del vínculo contractual y que excluyó de factor salarial todo pago habitual u ocasional sin importar la naturaleza de los mismos, esto es, que de entrada le quitó la connotación de salario a cualquier pago, es una cláusula ineficaz y por lo tanto no produce efecto alguno en las voces del artículo 43 del CST, al desconocer el concepto de salario consignado en el artículo 127 del CST. Y es que en verdad cuando la norma habla de “expresamente” es de entender que se tiene que consensuar sobre cada pago específico y no de manera global, precisamente para evitar

interpretaciones acomodadas en aras de desconocer dicho carácter en detrimento del trabajador. Pues de ser así, todo pago por si no constituiría salario, lo que pone en evidencia la trasgresión del principio de buena fe con que deben obrar las partes dentro de la ejecución del contrato de trabajo (Art. 55 del CST) y se desatendería el artículo 127 del CST.

Fue así como se adosaron al plenario los desprendibles de nómina del demandante entre el año 2009 y 2018 (folios 31 a 257 del archivo 1 60 a 497 del archivo 2 del expediente digital), en el que se verifica que, entre julio de 2009 y febrero de 2011, se pagó al actor un “bono mera liberalidad”, de la siguiente manera; para los meses de julio a diciembre de 2009 (folio 85, 87, 89, 91, 93, 95, 99 del archivo 2); durante todo el año 2010, se reconoció tal concepto (folio 103, 107, 111 del archivo 2 y folios 48, 51, 54, 58, 59, 62, 68, 72 del archivo 1) y para los meses de enero y febrero de 2011 (folio 75 y 78 del archivo 1), pese a lo anterior, tampoco se puede desconocer que la convocada a juicio reconoció y pagó las aludidas bonificaciones, así el trabajador se encontrara incapacitado, tal y como se puede constatar con las planillas de pago de los meses de noviembre de 2009; abril, junio, septiembre, noviembre y diciembre de 2010 (folio 115, 123, 137, 125, 149 del archivo 2) también pagó este concepto, durante el período de vacaciones y períodos en el que se concedió una licencia no remunerada al trabajador (folio 121 y 147 del archivo 2 y 51 del archivo 1), coligiéndose de esta manera que el pago efectuado, no pretendía retribuir los servicios prestados por el demandante, no encontrándose tampoco, que se exigiera al dador de laborío cumplir metas o requisitos adicionales para efectuar dicho pago, por lo que, tal concepto no puede ser tenido en cuenta como factor salarial.

*En lo tocante a los pagos efectuados entre marzo de 2011 y diciembre de 2015, por concepto de auxilio de educación y/o salud, debe resaltarse que, Carlos Rosero, quien para la época fungía como gerente de talento humano de la empresa, afirmó que, este rubro, era destinado para la educación, no solo del trabajador, sino de su grupo familiar, con el fin de pagar las pensiones de los colegios o en caso de que, se presentara algún percance de salud, pudiese comprar medicinas o pagar un plan de salud o cubrir gastos odontológicos, pero no, buscaban retribuir un servicio. Además, no se puede pasar inadvertido, que las partes, en otrosí suscrito en febrero de 2011, acordaron en forma **expresa, clara y precisa** que dichos conceptos, no constituirían salario, por lo tanto, los pagos efectuados en dicho período no pueden ser tenidos en cuenta como factores salariales (sentencia SL1798-2018).*

De lo expuesto se sigue que el referido “bono” o “auxilio educativo y/o de salud” era reconocido, por simple y mera liberalidad del empleador, sin ningún tipo de condicionamiento y era pagado, así el actor no prestara sus servicios a la empresa, por habersele expedido incapacidades o solicitado licencias no remuneradas. Por lo tanto, se confirmará la decisión recurrida en este aspecto, no siendo tampoco procedente, dadas las resultas del recurso de alzada, ordenar la reliquidación de acreencias laborales, ni tampoco fulminar condena por concepto de sanción moratoria.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

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


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE STEVENSON MARULANDA PLATA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días de julio de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. contra la sentencia proferida, el 8 de mayo de 2023, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Stevenson Marulanda Plata, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, dada la

omisión al deber de información. De igual forma, se declare el regreso automático al RPMPD. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y rendimientos causados; debiendo Colpensiones recibir los aportes. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 13 de julio de 1952; se afilió al ISS del 26 de octubre de 1989 al 30 de abril de 1997; se trasladó a la AFP Porvenir SA a partir del 1° de mayo de 1997; cotizó un total de 954,4 semanas en el RAIS y 218,29 en el RPMPD; en abril de 1997 el asesor que motivó su traslado no le informó las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, así como tampoco brindó información necesaria, completa, suficiente, cierta y oportuna; presentó reclamación ante Colpensiones; quien dio respuesta a dicha petición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 08 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, las semanas cotizadas en cada régimen, la reclamación presentada, y su respuesta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 10 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 24 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, gastos de administración, 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. Condenó a Colpensiones a recibir al actor en el RPMPD, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral. Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa y por desvincular al fondo de prestaciones económicas cesantías y pensiones -Foncep. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir SA interpuso recurso de apelación, argumentando que no es procedente devolver los gastos de administración, dado que no forman parte integral de la pensión de vejez, aunado a que se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción. Añadió, que no es procedente la indexación, por cuanto con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Finalmente, manifestó que debe suplirse cualquier déficit fiscal que se pueda llegar a ocasionar, si se declara la ineficacia de traslado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso, además, señaló, que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, ya que se realizó de manera libre y suministró al accionante información necesaria y suficiente.

A su turno, Colpensiones solicitó se revoque la providencia de primera instancia, dado que, al declarar la ineficacia de traslado se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, aunado a que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Porvenir SA al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos que afectan a Colpensiones.

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

Porvenir SA interpone recurso de apelación encaminado a que no se declare la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, así como sus inconformidades con respecto a la indexación. Por lo que la alzada se restringe a revisar estos puntos, así como la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

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

este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

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

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con

solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir S.A. frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente, lo mismo que sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, lo que impone modificar la decisión de primera instancia en este punto, puesto que la forma en que se impuso la condena, conduce a entender que todo lo que comprende la devolución de dineros es objeto de actualización, que como se explicó, no es así, porque los aportes que se restituyen vienen cargados con los rendimientos.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera

realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas,

la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de su recurso, se le impondrá condena en costas de esta instancia a Porvenir S.A., siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la

Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

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

R E S U E L V E

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

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

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

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

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


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada