

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 ROBERTO ANTONIO SEPÚLVEDA ROMERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), 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 las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiocho 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

Roberto Antonio Sepúlveda Romero, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la

ineficacia de su traslado al RAIS, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de las cotizaciones, cuotas de administración, porcentaje de fondo de garantía mínima, seguro previsional, rendimientos financieros, así como cualquier otra suma de dinero que haga parte de su cuenta de ahorro individual, debiendo esta última entidad lo tenga como afiliado del RPMPD, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso. De manera subsidiaria solicitó se declare la nulidad del traslado de RPMPD al RAIS.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 4 vto. del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 12 de agosto de 1960; cotizó en el RPMPD 1.208 semanas, mientras que en el RAIS cuenta con 879; para el momento del traslado no se le comunicaron las características y diferencias entre los regímenes pensionales, por lo que no tomó una decisión informada, autónoma, y consciente, respecto de las consecuencias; los fondos de pensiones incumplieron el deber de suministrar información clara; en 1999 se afilió a AFP Colmena; nunca se le instruyó acerca de las características del cálculo actuarial, del régimen de transición, tampoco de las incidencias en el IBC e IBL de la rentabilidad, no se habló de riesgo financiero; Colmena se fusionó con ING; Se vinculó a Porvenir S.A. en marzo del 2003, AFP que no le suministro información a causa de eses traslado horizontal; elevó reclamación ante Colpensiones en la pidió la nulidad del traslado al RAIS; el 7 de mayo de 2019 pidió a Porvenir S.A. los documentos que soportaban la afiliación y la información recibida al momento de la vinculación, además de que declarara nula esta última; el 20 de mayo de 2019 Porvenir S.A. le indica que la información fue verbal, remitió copia de la historia laboral, una liquidación de bono pensional, dos proyecciones pensionales, una certificación y formulario de afiliación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 82 a 87 vto.); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento del actor; las semanas al RPMPD y la reclamación elevada. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de

prima media con prestación definida, prescripción, 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, buena fe e innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A., en plazo legal describió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (fls. 91 a 117); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio del actor; la fusión de Colmena S.A. con ING y el traslado a Porvenir S.A.; la solicitud presentada y su respuesta; sobre los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso la excepción previa de falta de integración de Litis consorcio necesario y de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

A través del auto de fecha 5 de octubre de 2020 se vinculó como Litis Consorte Necesario a Protección S.A., AFP que dio contestación al libelo, en escrito incorporado en CD. fl. 173 del expediente, en el que se opuso a las pretensiones incoadas; en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento del actor; el deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar información; la fusión de Colmena S.A. con ING; a los demás dijo que no le constan y no son ciertos. Propuso como excepciones las 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 178) en la que declaró la ineficacia de traslado del demandante al RAIS el 22 de septiembre de 1997 por intermedio

de Colmena hoy Protección S.A., en consecuencia, declaró válida la afiliación a Colpensiones, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, y a esta última, actualizar la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas condenó en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada Porvenir S.A., manifiesta su inconformidad respecto a la ineficacia del traslado en cuanto se debe respetar la voluntad de las partes expresada en el formulario de afiliación, documento que es la única prueba que para la época se exigía para el cumplimiento y validez de dicho acto jurídico, por otro lado, en caso de que se confirme lo anterior, solicita que se absuelva de la condena impuesta por gastos de administración, los cuales son un mandato legal, por lo que no deben ser restituidos ya que se han utilizado y administrado de la mejor manera para generar unos rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual del demandante.

A su turno, Colpensiones disiente de la sentencia y considera se debe revocar en su totalidad a causa del perfeccionamiento del acto jurídico, toda vez que no existe evidencia de actos que sugieran que el demandante no tenía intención de permanecer en el RAIS.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Porvenir S.A. y Colpensiones en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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.

Igualmente, debe considerarse que unas manifestaciones del tipo “no recibió la información necesaria suficiente y oportuna sobre las características y diferencias entre cada regimen” 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 “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, 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, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, entre otras, 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, 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 al afiliado, 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. Resaltando desde ya, que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la seguridad social como lo prevé los artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que imperan en el derecho común, no

aplicable estos últimos a la disciplina del trabajo por ser contrarios al derecho social.

Una vez examinado el acervo probatorio, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Protección S.A. 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.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación permita desvirtuar tal conclusión, formulario que ni siquiera fue aportado como prueba por la AFP Protección.

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.”

Ahora, 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 de traslado de régimen pensional 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 civil¹, 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 lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “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)*

De manera que 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, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante, por lo que no es de recibo el

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación 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, lo contrario sería darle efectos parciales a dicha declaratoria.

Por lo precedente, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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, por lo que no son atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción 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 virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 LUCY VILLA CORTÉS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- , SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADOTA DE FONDOS DE PENIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), 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 las demandadas contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado Veintitrés 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.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Lucy Villa Cortés, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones, AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y AFP Colfondos S.A., para que se declare nulo el traslado al RAIS por medio de Protección S.A. por omisión en el deber de información, en consecuencia, se condene a Protección trasladar la totalidad de aportes, rendimientos y demás sumas entregadas por la activa, así como el pago de las diferencias económicas que surjan para la financiación de la pensión, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 98 a 100 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 28 de junio de 1961; dentro del sistema general de pensiones estuvo vinculada al otrora ISS desde el 3 de mayo de 1984, luego cambió de régimen pensional por medio de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. a partir de agosto del 2000, de allí pasó a Colfondos desde enero de 2006, retornando a Porvenir S.A. en junio de 2008, vinculándose por último, y permaneciendo a la fecha e Protección S.A.; desde la expedición de la ley 100 de 1993 empezó a recibir información de los fondos privados; la AFP le planteó que era más conveniente estar en un sistema pensional en el que pudiera elegir la edad a la que deseaba pensionarse, además el régimen que administraba el ISS estaba debilitado por lo que no podría responder a todos los afiliados, pues incluso en el evento de muerte no “respondía”, sin embargo, no se le informó acerca del 110% del capital ahorrado para acceder a la pensión, ni se presentaron proyecciones pensionales, o la necesidad de cotizar un 20% adicional para obtener una pensión superior al salario mínimo; elevó peticiones a Protección en las que solicitó la simulación pensional y la nulidad del traslado, en la primera se determinó una mesada superior de Colpensiones y a la segunda, se negó; presentó reclamación a Colpensiones para que procediera a su afiliación, pro la entidad resolvió desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 137 a 146); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación al ISS; la reclamación, y la respuesta a aquella; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

A su vez, Colfondos S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado del expediente, en el que se opuso a las pretensiones incoadas (fls. 167 a 179); en cuanto a los hechos aceptó sólo la fecha de nacimiento de la accionante y la vinculación a ese fondo de manera efectiva a partir del 1º de enero de 2006; de los restantes manifestó que no lo constan y no son ciertos. Propuso las excepciones perentorias que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

A su turno, Protección S.A., en plazo legal descorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (fls. 203 a 223); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la demandante; las afiliaciones a esa AFP; la información que recibió la actora de los fondos privados debido a su creación en la ley 100 de 1993; las peticiones de proyección pensional y nulidad de traslado y su respuestas; en cuanto a los demás manifestó que no lo constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. describió el traslado oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda en su contra (CD fl 275); en cuanto a los hechos aceptó: la afiliación en 1994 por medio de la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.; sobre los restantes manifestó que no le constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y 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 (C.D. fl. 286) en la que declara la ineficacia de la afiliación o traslado que realizó la señora Villa Cortes al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., al igual que de los demás traslados horizontales; condenó a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con ocasión a las afiliaciones de la activa correspondientes a cotizaciones, bonos pensionales, saldo de cuenta individual si a ello hubiese lugar con todos los frutos e intereses esto es con los rendimientos que se hubieren causados sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia; sumas que deben pagarse indexadas desde la fecha de su causación y hasta su fecha del pago; declaró la afiliación de la actora al RPMPD y no probadas las excepciones propuestas; costas a cargo Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. solicita se revoque la sentencia en su totalidad debido a que para la fecha del cambio de régimen pensional la ley no exigía un deber de información obligatorio sino únicamente la voluntad del afiliado expresada en el respectivo diligenciamiento del formulario, tal y como ocurrió en el presente caso, por lo que, además, no es factible la devolución de gastos de administración por no formar parte integral de la pensión de vejez, por ende, le corresponde a los fondos privados como contraprestación de la gestión que realizó para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual de la

afiliada y, a su vez, están sujetos a la prescripción y se podría generar un enriquecimiento sin causa por no estar consagrada en la ley dicha devolución de forma clara y expresa.

A su turno, Protección S.A., centró su desacuerdo en la devolución de los gastos de administración y el seguro previsional, los cuales se descontaron conforme a la ley 100 de 1993, con el fin cubrir los gastos que implica la administración de los recursos pensionales, así mismo, manifiesta que, al declararse esta devolución generaría un enriquecimiento sin causa a Colpensiones y por lo tanto, si las cosas vuelven a su estado anterior, es lógico que los aportes en el RPMPD no generan rendimientos.

Finalmente, Colpensiones solicita se revoque la sentencia ya que en el asunto bajo estudio no se presentan vicios del consentimiento ni la actora sería beneficiaria del régimen de transición por semanas, como tampoco se logra probar una información equivocada o falaz por parte de las AFP debido a que para la época del traslado sólo se tenía la obligación de brindar información sobre las condiciones de dicho acto jurídico, es por esto que, se ratifica el negocio jurídico al tener en cuenta que la actora ha cotizado por más de 20 años sin inconformidad alguna y lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de esta para retornar a esta entidad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones, reiteró los argumentos esbozados en el recurso de alzada.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteada por Colpensiones, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan.

ACLARACIÓN PREVIA

*Previamente, la Sala estima necesario referirse a lo manifestado por Colpensiones, en los alegatos de conclusión a lo referente a la restricción del derecho al traslado de la demandante, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante **Lucy Villa Cortés** cuenta con 60 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 28 de junio de 1961, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 91), lo cual fue aceptado por las demandadas; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 29 de septiembre de 1994 con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año (fl 232), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

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

Como preámbulo al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así que, en situaciones como las aquí controvertidas, es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y

segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser 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 “nunca se le informó (...) que el capital que debería tener ahorrado para completar ese 110% del salario mínimo con el cual los empleados podían pensionarse inmediatamente”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “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, y en sentencia de 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 al afiliado, 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 debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 29 de septiembre de 1994. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que para el año 1994 prestaba sus servicios a la ESAP en calidad de secretaria, los asesores del fondo de pensiones Colpatria los reunieron en el auditorio para brindarles una información, allí les dijeron que debido a la corrupción del ISS sería liquidado y los aportes pensionales se perderían, pero que podían cambiar al fondo privado en donde podría acceder a la pensión, pero no le informaron cómo o cuándo se iba a pensionar, ni en qué consistía el régimen de transición, tampoco se habló de rendimientos; cuando ella estaba en Colfondos S.A. quiso saber cómo estaba su historia laboral y como estaba incompleta, decidió afiliarse a Protección a causa de que los asesores le dijeron le ayudaban a consolidarla pero para eso debía vincularse a esa AFP; en 2012 supo que no podía regresar a Colpensiones porque tenía más de 47 años; los traslados entre fondos los hizo en razón a que no le

enviaban la historia laboral y buscando que se la suministraron efectuó los traslados horizontales; no se le manifestó nada acerca del capital a reunir para pensionarse, no se le dijo nada de aportes voluntarios, no sabía que Colpatria es el mismo Porvenir; Colpensiones en 2017 acudió a la oficina y les dijo en qué consistía el RPMPD.

Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación 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.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 60 (CD fl. 275) 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 del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

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.”

En este orden, 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.

Ahora, 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. Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, 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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración; como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no son de recibo los

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

argumentos de las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. en las apelaciones presentadas, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; 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.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP demandadas Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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.

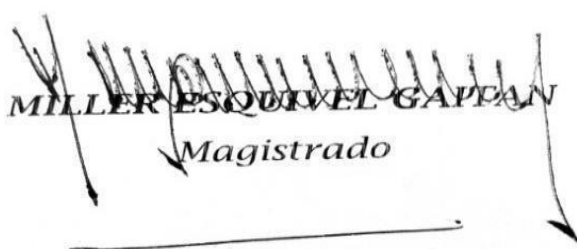
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 HÉCTOR JULIO HERNÁNDEZ NOSSA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), 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 Tercera de Decisión.

A U T O

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, y a la abogada Johana Alexandra Duarte Herrera, identificada con C.C. No. 53.077.146 y T.P. No. 184.941 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos de los poderes aportados.

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2021, por el Juzgado Trece 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.

ANTECEDENTES

Héctor Julio Hernández Nossa, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A. realizada el 3 de mayo de 1994, dada la omisión de ésta en su deber de información y que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD con Colpensiones debiendo mantenerse su inscripción en esta. En consecuencia, condene a la citada AFP demandada a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes, bonos pensionales con todos los frutos e intereses, esto es sus rendimientos financieros, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual; y a Colpensiones a que reactive la afiliación sin solución de continuidad, registre en la historia laboral el detalle de las cotizaciones que le sean transferidas. Así mismo pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 a 6 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indica que; nació el 3 de febrero de 1964 y cuenta con más de 55 años; se afilio y realizo cotizaciones en el RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones desde el 14 de julio de 1982 al 1° de febrero de 1993, acumulando un total de 507 semanas, entando en su actividad laboral se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 3 de mayo de 1994 y sigue vinculado a la AFP demandada. Señala que el traslado se realizó bajo una aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de suficiente información e ilustración por parte del esa entidad que lo recibió; que fue abordado por un asesor comercial del fondo privado fuera de sus instalaciones, ni las de su trabajo y en su afán de captar afiliados, no le explico las desventajas de trasladarse, tampoco mostró los beneficios que perdería, no le detallo las condiciones del traslado de régimen, ni realizó una proyección de la mesada pensional que recibiría en cada régimen; por lo que la información fue incompleta e insuficiente, es decir, sin cumplir con el deber de información veraz y completa de las consecuencia de la decisión; que no

se le informo la posibilidad de retracto, , ni de retorno al RAIS antes de que le faltaran menos de diez años cumplir la edad mínima para pensionarse. Agrega que el 23 de septiembre de 2019 solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones la anulación de su traslado al RAIS, y autorizar su retorno al RPMPD, obteniendo respuestas negativas de éstas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por **Colpensiones** en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (cd. fl. 64 del expediente); en cuanto a los hechos los acepta la fecha de nacimiento del promotor su afiliación al RPMPD y traslado al RAIS y los relacionados con la reclamación administrativa; frente a los demás indica que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y+ la innominada o genérica.

A su turno, la **AFP Porvenir S.A.**, en el plazo y en legal forma describió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 105 a 118, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento, la afiliación al RPMPD con el ISS, las cotizaciones allí realizadas, el traslado de régimen pensional a través de esa AFP y la reclamación presentada por el actor, así como la respuesta negativa ofrecida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (cd y acta fls 1213 a 129), en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el señor Héctor Julio Hernández Nossa en mayo de 1994; condenó a la demandada AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con

sus rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones que tenga en su poder, con cargo a sus propias utilidades, y a esta última a tener como afiliado al actor, recibir los dineros trasladados y actualizar la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó a la AFP Porvenir S.A. en costas a favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la demandadas AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, manifestando que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado ya que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, no se demostró que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de la AFP; y por el contrario suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación la cual se cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que el actor ha estado afiliado al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba de demostrar que cumplió con su deber de información cuando solo se cuenta con el formulario de marras, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante. Así mismo indica que de mantenerse la declaratoria de nulidad, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración y seguro previsional debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues éstos tienen una destinación específica, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS,

se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios; finalmente indica que de mantenerse la nulidad de la afiliación o traslado al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado de los aportes únicamente, ya que los rendimientos financieros son más elevados que los que pudiera recibir en el RPMPD, por lo que no se debe la restitución de estos y los gastos de administración.

De igual manera lo hizo Colpensiones, quien argumenta que el actor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

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

Atendiendo el consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la AFP Porvenir S.A. en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no le explico las desventajas de trasladarse, tampoco mostró los beneficios que perdería, no le detallo las condiciones del traslado de régimen, ni realizó una proyección de la mesada pensional que recibiría en cada régimen; por lo que la información fue incompleta y me insuficiente”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “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, y en sentencia de 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 al afiliado, 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 al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 3 de mayo de 1994 con efectividad desde el 1° de junio de la misma anualidad (anexo allegado con la contestación de la demanda de la AFP Porvenir, fl. 119). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que un compañero de deporte en la práctica de fútbol le manifestó que estaba vinculado como asesor comercial AFP Porvenir S.A. por lo que junto al grupo que estaban en ese momento después de un partido les manifestó que estaba captando afiliados, señalándoles que lo que más le convenía era trasladarse al RAIS con esa entidad donde las condiciones de pensión serían mucho más favorables a las que podía obtener en el RPMPD, ya que podían obtener su pensión a más temprana edad y con una mesada pensional más alta, también les indicó que el ISS estaba mal financieramente y se iba a acabar, pudiendo perder los dinero allí cotizados; pero no recuerda que le hubiesen dado información sobre el régimen pensional de ahorro individual ni las consecuencias o beneficios de su traslado, que no se le informo sobre la posibilidad de obtener rendimientos financieros, ni recuerda que le informaran sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios, como tampoco de la forma de obtener su pensión, ni las modalidades en ese régimen, que la reunión fue muy informal. Indica que posteriormente no recibió ninguna asesoría de la AFP y solo cuando quiso adelantar gestiones tendientes a obtener su pensión, conoció de la imposibilidad de hacerlo y que lo indicado por el asesor no era real.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A., 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 de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional; precisando que contrario a lo manifestado por la recurrente no se evidencia contradicción en las manifestaciones hechas por el demandante en su interrogatorio y las

realizadas por el testigo, por el contrario son claras y coincidentes en cuanto las circunstancias de modo y lugar en que se produjo la afiliación del acto a la AFP.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en los anexos allegados por la AFP encartada en el folio 119 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el cd folio 119 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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 la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, 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 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 civil¹, 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; 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.

En atención a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. 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

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

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, por lo que no son atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada. No sin antes advertir que no son de recibo las afirmaciones hechas por Colpensiones en las alegaciones presentadas en esta instancia referente a la restricción de traslado del actor, se insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, en razón a que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 3 de mayo de 1994 con efectividad desde el 1° de junio de la misma anualidad (anexo allegado con la contestación de la demanda de la AFP Porvenir, fl. 119), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre este tema.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción 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 de 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 virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera 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 y consultada.*

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de la AFP Porvenir S.A.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, DC.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LAURA DANIELA BENAVIDES VESGA CONTRA CORPORACIÓN NUESTRA IPS

En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia en el proceso de la referencia, el Magistrado Sustanciado la declaró abierta en asocio de los demás Magistrados que integran la sala tercera de decisión.

Acto seguido, el tribunal procedió a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de febrero de 2021, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Laura Daniela Benavides Vesga, actuando por conducto de apoderado judicial, demandó a Corporación Nuestra IPS, para que se declare que el no pago de la liquidación a la terminación del contrato de trabajo el 7 de noviembre de 2017 acaeció por mala fe. En consecuencia, se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST junto con los intereses moratorios, la indexación de la condena y las costas y agencias del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 vto. a 5 en los que en síntesis se indica que: prestó sus servicios a favor de la demandada a través de un contrato de trabajo a término fijo del 8 de noviembre de 2016 al 7

de noviembre de 2017, durante el cual percibió como salario la suma de \$3.293.000, sin que en dicho período se formulara llamado de atención; debido a que a la finalización no se efectuó el pago de la liquidación, el 24 de abril de 2018 elevó petición, cuya respuesta fue incompleta por la demandada el 9 de mayo de 2018, razón por la que impetró acción de tutela que conoció el Juzgado 57 Civil Municipal de Bogotá, despacho que amparó los derechos invocados, lo que conllevó a que la pasiva el 4 de julio de 2018 procediera a consignar las acreencias laborales adeudadas en suma de \$6.851.000; no se pagó la indemnización del artículo 65 del CST.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Corporación Nuestra IPS, en escrito de folios 64 a 98, oponiéndose a todas las pretensiones, frente a los hechos aceptó los extremos del contrato de trabajo, la modalidad en la que se desarrolló, el salario pactado, la petición elevada, su respuesta, la protección de los derechos de la activa vía tutela, el valor de la liquidación y su pago el 4 de julio de 2018; que no pagó la sanción moratoria. Como medios de defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido; pago total de la obligación; inaplicación de la sanción: indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST en ausencia de dolo y mala fe 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 (C.D. fl. 105) en la que condenó al pago de la indemnización moratoria en suma de \$25.905.012; absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra; declarar no probadas las excepciones de cobro de lo no debido y pago total de la obligación.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el extremo demandado adujo una errónea aplicación del artículo 28 del CST, dado que al proferirse la sentencia ya se había efectuado el pago de los derechos ciertos e indiscutibles, en ese sentido a la ex trabajadora no se le hizo partícipe de las pérdidas, efectivamente existió la mora,

pero aquella tiene justificaciones válidas. En lo que atañe a la indebida valoración probatoria se tiene que los hechos notorios no son objeto de prueba, así que la difícil situación de Saludcoop EPS es notoria desde el año 2011 e igual apreciación surge para las IPS que tenían vinculación con la referida EPS, además se demostró la presentación de acciones judiciales contra la EPS por parte de la IPS y el contador en su declaración hizo mención de la resolución en la que se glosaron y reconocieron obligaciones a cargo de Saludcoop EPS, ocasionando una fuerza mayor irresistible e imprevisible para el empleador.

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

NEXO LABORAL

No fue objeto de controversia que entre la demandante y Corporación Nuestra IPS, existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 8 de noviembre de 2016 y el 7 de noviembre de 2017, para desempeñarse como médico, con un salario de \$3.293.000, hechos que se aceptaron desde la contestación de la demanda y se corroboran con la certificación visible a folio 13 y la liquidación final del contrato de trabajo (folio 29).

El desacuerdo con la decisión lo centra la demandada en dos aspectos fundamentales, el primero en que no se transfirió a la ex trabajadora las pérdidas de la empresa y en segundo lugar, la existencia de fuerza mayor para el pago de las acreencias laborales en tiempo, a raíz de la mala situación de Saludcoop EPS desde el año 2011, EPS con la que la IPS tenía contratos de los que provenían sus ingresos.

Para resolver lo pertinente se tiene que el artículo 65, numeral 1°, del C. S. T., modificado por la Ley 789 de 2002, artículo 29, 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, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo. “2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia decide la controversia”. Sanción que como lo ha admitido la jurisprudencia en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal

incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma, lo que, como lo expresa la H. Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, en sentencia de 16 de julio de 1979, " Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia". por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 999 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento". Significando, entonces, que el contrato de trabajo se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, que es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico.

Sobre este punto, la parte demandada aduce haber iniciado acciones judiciales para recaudar los dineros con ocasión a la crisis enfrentada por Saludcoop EPS desde el año 2011, sin embargo, en la contestación de la demanda sólo se hizo referencia a asuntos con radicado 2017, y en contra de las entidades promotoras de salud Cruz Blanca y Cafesalud. De igual forma, se recibió el testimonio del contador Gerardo Duarte Riaño, persona que manifestó que la intervención de las EPS Saludcoop y Cafesalud afectó el flujo de caja de la IPS, acaeciendo la falta de pago a trabajadores y acreedores. Además que los activos de la IPS en 2017 ascendían a \$79.458.000.000 mientras que en efectivo contaba con \$666.000.000 para el mismo año; por último dijo que de conformidad con la priorización que diera el ordenador del gasto se hacían los pagos. En este sentido, acude la enjuiciada a la medida cautelar que impuso la Contraloría General de la Nación y lo expuesto por el deponente para excusar la falta de pago hasta julio de 2018, por cuanto hasta dicha data tuvo recursos para efectuar el pago de la liquidación de prestaciones.

Pese a ello, según los hechos de la demanda, se tiene que la demandante presentó acción de tutela debido a que la IPS no resolvió de fondo el derecho de petición del 24 de abril de 2018 (fl. 15) en el que solicitó información de: a dónde se

hicieron los pagos de los aportes en salud y demás prestaciones adeudadas con ocasión al contrato de trabajo, acción constitucional resuelta de fondo en sentencia del 29 de junio de 2018 (fls. 19 a 29) con sello de recibido del 6 de julio del mismo año. Luego obra comprobante de transferencia electrónica de la IPS en la misma fecha por el valor de la liquidación final de prestaciones sociales. Deviene de lo anterior, que la actora tuvo que acudir a la acción de amparo para que la pasiva procediera al pago de salarios y prestaciones, sin que efectivamente se acreditara por la IPS demandada en ninguna medida que en fecha cercana a ese pago recibió dineros o tuvo acceso efectivo a ellos para proceder a cumplir con la obligación. Fuera que el trabajador si bien puede participar de las utilidades de la empresa nunca puede asumir sus riesgos o pérdidas, por no hacer parte de su administración (art. 28 del CST), aplicación que no aparece equivoca por el a quo.

Entonces, las explicaciones dadas por la parte recurrente no prueban la buena en su actuar que lleven a la exoneración de la sanción en estudio. Al efecto, vale la pena traer a colación lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012, radicado No. 37288 en la que recordó que:

“...la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria, en tanto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; quiebra del empresario que en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás. De tal modo, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...” (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)”

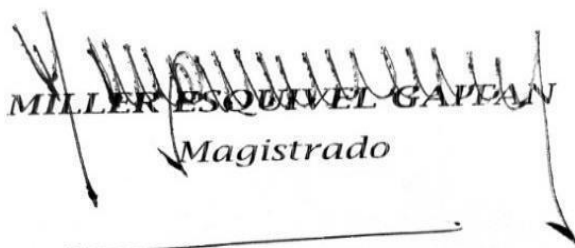
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

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

Notifíquese legalmente


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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 ADELA CHACÓN DE CHAPARRO CONTRA
TRANSPORTES RÁPIDO TOLIMA

En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), 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 declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Veintiuno 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

Adela Chacón de Chaparro, por medio de apoderado judicial, demandó a Transportes Rápido Tolima, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 2 de febrero de 1992 al 26 de julio de 2014, en consecuencia se condene al pago de los salarios, primas de servicios, cesantías junto con sus

intereses, vacaciones, dotaciones, aportes a seguridad, trabajo suplementario “las respectivas indemnizaciones”, la reparación integral de daños y perjuicios, lo ultra y extra petita, y por las costas.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 37 a 39 del expediente, en los que en síntesis indicó que: trabajó en oficios varios para la demanda del 2 de febrero de 1992 al 26 de julio de 2014, con un salario de \$340.000 mensuales; la vinculación se dio a través de un contrato verbal y dentro de sus funciones se encontraban las de aseo, cafetería y diligencias bancarias de conformidad a las órdenes impartidas por los representantes de la empresa, las que desarrollaba de domingo a domingo, de 8:00 a.m. a 1:00 p.m.; en vigencia de la relación no se pagaron prestaciones sociales, vacaciones, compensatorios, aportes al sistema general de seguridad social y dotaciones; la empresa aceptó su renuncia el 24 de julio de 2015; solicitó certificación laboral sin que se la accionada procediera a dar contestación; finalmente señala que es madre cabeza de familia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el demandado en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 88 a 93). Frente a los hechos negó los relacionados con la relación laboral indicando que lo que existió fue un contrato de prestación de servicios por el cual se acordaron honorarios de \$340.000 por las gestiones de limpieza de la oficina de Bogotá, que la activa presentó renuncia el 24 julio de 2014, sobre los demás dijo no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, mala fe, pago, terminación contratos anteriores, prescripción y la genérica.

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 (C.D. fl. 253), en la que se declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no

debido, por lo que negó las pretensiones formuladas en contra de la enjuiciada y condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación, así: Considera que la juez de primer grado realizó una indebida valoración de la prueba, debido a que de las pruebas documentales es posible extraer la existencia del vínculo laboral, por lo que no debió imponerse rigurosidad probatoria a través de pruebas testimoniales, ya que con ocasión a la virtualidad sólo fue posible que compareciera la hija de la activa a rendir declaración. Puntualiza que los elementos del contrato se encuentran constituidos, en particular el de subordinación, en atención a que no es lógico que una persona que realiza labores de aseo lo haga de manera autónoma, por lo que de la sola prestación del servicio puede predicarse la subordinación.

CONSIDERACIONES

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

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

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, pues 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).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Así tenemos que a folios 18 a 26, 28, 48 y 49 obran "comprobantes de salida" por el concepto de "cancelación del sueldo temporal por medio tiempo" de fechas 10 de septiembre y 6 de octubre de 1998, enero, febrero, mayo y octubre de 1999 y los denominados de egreso de noviembre y abril del 2000 con la nota de "cancela sueldo por medio de tiempo servicios generales"; fl. 27 milita "comprobante de gastos" de septiembre de 2012 por concepto de: "pago por servicios prestados"; fls. 29 y 115 misiva el 24 de julio de 2014 emitida por la empresa de transporte de la que se extrae: "de acuerdo a lo manifestado en su oficio sobre la decisión de presentar renuncia a partir del 26 de julio de 2014 al contrato de prestación de servicios suscrito y firmado entre las partes el 27 de enero de la presente anualidad, la compañía ha

decidido aceptar dicha renuncia siendo la última fecha de servicios el día 26 del presente mes y año”; a folio 32 derecho de petición elevado por la activa a la empresa solicitando certificado laboral; a folios 94 a 96 contrato de transacción suscrito entre las partes en el que se dejó constancia de que “la señora ADELA CHACÓN DE CHAPARRO ha prestado sus servicios ocasionales y/o temporales en turnos de medio tiempo como empleada de servicios generales”, además de ello las partes pactaron la suma de \$2.000.000 para zanjar cualquier discusión futura, sin que obre en el cuerpo del documento constancia de algún extremo temporal; milita a folios 97 a 100 contrato de prestación de servicios con vigencia desde el 28 de enero de 2014 hasta el 27 de julio de 2014, con un pago de honorarios mensuales de \$344.000 y se expresa como obligación del contratista “3. Atender las solicitudes y recomendaciones que haga el CONTRATANTE o sus delegados”; obra a folios 101 a 114 comprobantes de gastos entre diciembre de 2013 y junio de 2014 en lo que se anota “por concepto de prestación de servicios independientes”; a folio 154 carta de renuncia de la demandante; a folios 155 y 156 consulta RUAF en la que se evidencia que la señora Chacón de Chaparro percibe una prestación de sobrevivencia en el RPMPD.

Documentales de las que efectivamente es posible extraer que la activa prestó servicios a favor de Transportes Rápido Tolima, sin que pueda inferirse de aquellas que los servicios iniciaron el 2 de febrero de 1992 como se alega en la demanda o en fecha cercana a aquella, nótese que los comprobantes de egreso dan cuenta del pago de servicios de agosto de 1998 en septiembre de 1998, recibos que además no denotan continuidad, pues se relacionan unos del año 1998, otros de 1999, algunos del 2000 y de esa fecha hay un salto temporal hasta 2012, para luego observarse sólo continuidad en la expedición de dichas facturas entre diciembre de 2013 y julio de 2014, esto último a partir de las documentales aportadas al plenario por la pasiva.

Tampoco puede concluirse del testimonio rendido por la señora Astrid Chaparro Chacón, hija de la demandante, que existiera subordinación alguna, nótese que ella misma relató que en las ocasiones en las que su progenitora necesitaba descansar, la propia Adela Chacón le pedía que la remplazara durante 8 días a mitad de año y que incluso en una ocasión que su mamá tuvo un percance de salud, también suplió la ausencia durante 20 días y que en ambas ocasiones fue Chancón de Chaparro quien le pagó los

días en los que cubrió la labor, además de ella, Jacqueline Cardozo acudió por petición de su mamá a cumplir las labores de aseo, cuando no podía hacerlo directamente; también refirió que no presencié llamado de atención alguno, que debido a que ella -la deponente- también realiza la limpieza a varias empresas de transporte se encontraba a su mamá llorando a causa de que la secretaria de la empresa le daba malos tratos; igualmente manifestó que luego de que la señora Adela cumplía su labor en el horario establecido, en las tardes realizaba aseo en otras empresas, pero en aquellas sólo estaba por dos o tres horas; la prestación del servicio fue de manera ininterrumpida desde el año 1992.

Refiere la parte actora que se le endilgará por la juez de primer grado, la ausencia de medios probatorios que permitieran establecer los extremos temporales de la relación laboral y los demás elementos constitutivos de ésta, cuando debido a las condiciones de virtualidad la totalidad de los testigos no pudieron comparecer a la diligencia. Basta con decir, que pese a que en el auto del 10 de agosto de 2020 (fl. 239 a 240) se citó para las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPT y SS, llegada la fecha y hora para la misma se adelantó únicamente hasta el decreto de pruebas y se fijó una nueva fecha en atención a la manifestación de la imposibilidad de comparecencia de los testigos, no sin antes que la togada precisara a las partes, que los testigos podían acudir a la audiencia a través de cualquier medio tecnológico y que si era del caso se librarían las boletas de citación necesarias.

Luego, en memorial del 17 de septiembre de 2020 el extremo demandante solicitó el aplazamiento de la audiencia de práctica de pruebas a causa de "que no ha sido posible contactarme con mi cliente, ni con sus familiares, ni con los testigos", por lo que se accedió a la petición como se evidencia en el proveído de folio 247, pero en la fecha dispuesta para la diligencia tampoco se hicieron presentes los deponentes, por lo que es palmario que la accionante contó con las oportunidades suficientes para lograr la asistencia de los testigos. Ahora recuérdese que si bien existe la presunción del artículo 24 del CST, aquella no releva al extremo demandante de suplir totalmente la carga probatoria, pues le incumbe probar otros supuestos tales como los extremos temporales

alegados, el salario, la jornada, el tiempo suplementario, entre otros (Sentencia Rad. 36549 del 5 de agosto de 2009).

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte de la promotora de la litis, ya que conforme lo indicado por la demandada al dar respuesta a la demanda, aceptó la prestación del servicio de aseo, naciendo así la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo y, por tanto, surgió la ventaja probatoria a favor de aquella, siendo al demandado a quien corresponde desvirtuar dicha presunción de tipo legal; lo cual, en efecto hizo, toda vez que logró probar que el trabajo desarrollado por el demandante no era de tipo laboral, sino en virtud de un contrato de prestación de servicios, contando el demandante con plena libertad y autonomía para establecer quienes podían reemplazarla en su labor.

De otro lado, si bien la promotora de la litis debía seguir las directrices o instrucciones dadas por la accionada como se desprende del contrato de prestación de servicios previamente referido, ello per se no es indicativo de la subordinación propia que caracteriza el contrato de trabajo, puesto que todo contrato lleva implícito el que el contratante dé instrucciones de la forma como se debe ejecutar la actividad o labor, y no quede al arbitrio del contratista, por ser un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, por lo tanto de carácter bilateral y conmutativo (arts. 1495, 1496 y 1498 del CC), por eso la subordinación que configura el contrato de trabajo es la subordinación jurídica, entendida como el poder de disposición de la energía de trabajo, lo que significa que el empleador se encuentra, en todo momento, en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo del empleado, según convenga a los fines de la empresa, y de éste del deber correlativo a acatarla. Sobre este punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esas condiciones contractuales -de sujetarse a unas precisas instrucciones y directrices-, son normales o esenciales en el desarrollo de varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial del trabajo, pues ellas no comportan la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que constituyen el resultado del cumplimiento del objeto del vínculo jurídico que unió a las partes (sentencia de 24 enero 2012, radicado 40121, reiterada en

la del 19 de julio de 2016, con radicación 46874). Adicionalmente, en sentencia del 16 de junio de 1973, adoctrinó lo siguiente:

“Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, que es lo que diferencia el laboral de otros similares. Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas”.

Establecidas así las cosas, y ante la inexistencia del elemento principal para la determinación de un vínculo de naturaleza laboral, es que la Sala concluye que la decisión absolutoria de primer grado fue acertada; imponiéndose confirmarla.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión 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 y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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 RIAÑO CÁRDENAS CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), 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 la demandada
Protección S.A. contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2021, por el
Juzgado Treinta 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 Riaño Cárdenas, por intermedio de apoderado judicial, demandó a
Colpensiones y AFP Protección S.A., para que se declare la ineficacia del traslado*

al RAIS por medio de Protección S.A., en consecuencia, se establezca válida la afiliación a Colpensiones y se retrotraigan los efectos de la vinculación al RAIS, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 32 al 33 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 27 de mayo de 1964; realizó cotizaciones al otrora ISS desde el 21 de octubre de 1985 y hasta el 1º de septiembre de 1994, completando un total de 281,43 semanas; el áreas de recursos humanos de la empresa Servincludos Ltda., citó a los empleados para orientarlos sobre la existencia de los fondos privados; la asesora de la AFP Protección S.A. mediante engaños le hizo firmar un documento con el cual se dijo s averiguaría la conveniencia del traslado de régimen; nunca recibió asesoría de las condiciones de la pensión en uno u otro régimen; el cambio de régimen pensional fue efectivo a partir de febrero de 1995; antes de que le faltaran 10 años para el cumplimiento de la edad pensional no se le dijo que podía regresar al RPMPD; no recibió comunicación de Colpensiones que le informara los efectos del traslado; el 29 de enero de 2019 solicitó a las demandadas retrotraer los efectos de la afiliación al RAIS, ambas entidades procedieron a negar lo pedido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, dentro del término legal (fls. 61 a 67) presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la actora, la inicial afiliación de la actora y las cotizaciones al RPMPD; la reclamación y la respuesta desfavorable a la activa; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la innominada o genérica.

Protección S.A. (fls. 313 a 327), en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la demandante, la afiliación a Protección S.A.; la solicitud elevada y la repuesta a esta; sobre los restantes manifestó que no le constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó declaración de manera

libre y espontánea al momento de la afiliación a la AFP, reasesoría del 18 de mayo de 2011 por la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción 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 (C.D. fl. 113), se declaró la ineficacia del traslado de la señora Riaño Cárdenas del RPMPD por medio de la AFP Protección S.A., por tanto condenó al fondo de pensiones a devolver a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y a esta última a reactivar la afiliación y reconstruir la historia laboral, absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Protección S.A., manifiesta su inconformidad respecto a la condena de la devolución de gastos de administración y primas de seguro previsional, argumentando que es un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993, en este evento lo único que procede es la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de manera indexada ya que se causaron rendimiento financieros sin que se presente detrimento alguno, incluso tendría derecho la AFP a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor ya que hizo rentar el patrimonio de la afiliada.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones, que la activa no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no es procedente la ineficacia de la afiliación.

A su vez Protección S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

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 las partes, en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

*Previamente, la Sala estima necesario referirse a lo manifestado por Colpensiones, en los alegatos de conclusión a lo referente a la restricción del derecho al traslado de la demandante, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante **Sandra Riaño Cárdenas** cuenta con 57 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 27 de mayo de 1964, conforme como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 18), lo cual fue aceptado por las demandadas; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante a través de las AFP Protección S.A. el 20 de agosto de 1994 con efectividad desde el 1° de septiembre del mismo año (fl 92), diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.*

D E L A N U L I D A D D E L T R A S L A D O D E R É G I M E N - C O N D E N A I M P U E S T A A C O L P E N S I O N E S

Según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, 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, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis del fondo de pensiones Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; 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 lo contrario se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, situación 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, como acertadamente lo concluyó el a quo; sin que tenga por qué subvencionarse con dicho dineros la pensión de otros afiliados. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, 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.

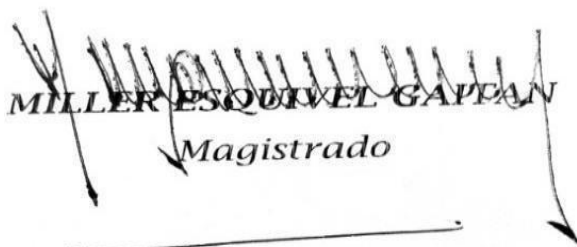
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la AFP Protección S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 CARLOS ERNESTO MARQUEZ OLIVEROS CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), 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 la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2021, por el Juzgado Veintisiete 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

Carlos Ernesto Márquez Oliveros, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y AFP Colfondos S.A., para que se declare nulo el traslado al RAIS por medio de Colfondos S.A., por tanto, se establezca que continúa afiliado a Colpensiones., en consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver los aportes al RPMPD, l o que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 4 vto. del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 24 de julio de 1957; estuvo afiliado al RPMPD del 5 de septiembre de 1985 al 31 de agosto de 2001, toda vez que se cambió de régimen pensional a través de Colfondos S.A. el 27 de mismo mes y año, luego de que el promotor del fondo de pensiones le indicara que el monto de la mesada pensional sería superior en el RAIS en comparación a la que eventualmente tendría con la administradora de prima media, sin que se realizara para el efecto una proyección, sin que se le explicara cuál era el capital mínimo para acceder a la prestación, también se le dijo que tenía la posibilidad de retirar los aportes a cualquier edad, e incluso se afirmó que Colfondos S.A. se fundó para remplazar al ISS, el cual se liquidaría y por tanto perdería sus aportes, no se le informó de los requisitos pensionales exigidos en cada régimen, por lo que no se cumplió con el deber de información que le asistía a la AFP; solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación, pero ambas negaron la petición; luego de ello se realizó una simulación pensional en la que se determinó que el valor de la mesada sería superior en Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, dentro del término legal (fls. 48 a 56) presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al RPMPD; la reclamación y la respuesta desfavorable a la activa; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Colfondos S.A. (fls. 86 a 112), en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio del demandante, la afiliación a Colfondos S.A.; la solicitud elevada y la repuesta a esta; sobre los restantes manifestó que no le constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del

consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 125), que declaró la ineficacia del traslado del actor del RPMPD por medio de la AFP Colfondos S.A., por tanto, condenó al fondo de pensiones a devolver a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía mínima, y a esta última a recibir dichos dineros, declaró no probadas las excepciones e impuso costas a cargo del fondo de pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones manifiesta su inconformidad en que a la parte demandante le asiste el deber de probar lo alegado en la demanda, máxime cuando al momento del traslado se cumplió con el único requisito exigido, esto es, el diligenciamiento del formulario, por lo que al no cumplir con esa carga, aunado a lo anterior, se afecta a la administradora del régimen de prima media ya que se causa un desequilibrio financiero a la administradora por recibir al afiliado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

Colpensiones, reiteró los argumentos esbozados en el recurso de alzada.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteada por Colpensiones, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Colfondos S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, al no haber participado en ese contrato. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Colfondos S.A. 27 de agosto de 2001, decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con lo allí dispuesto. No obstante, Colpensiones también presenta reparo respecto de las implicaciones económicas para la entidad al recibir la afiliación del demandante. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad.

El efecto legal y natural de toda declaración judicial de nulidad es la restitución completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato o acto anulado. Lo que según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, 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, debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, situación 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, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, 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.

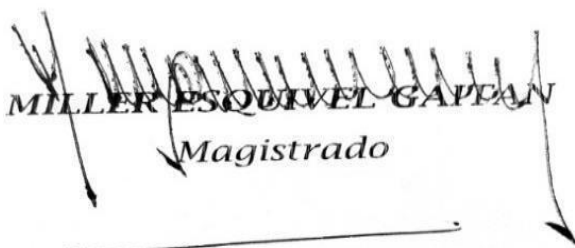
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo de la Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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 NAZLY XIOMARA HERNÁNDEZ TORRES CONTRA
JORGE FANDIÑO ESTUDIOS Y DISEÑOS S.A.S.*

*En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), 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 declaró abierta.*

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 partes
contra la sentencia del 17 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado
Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la
referencia.*

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

DEMANDA

*Nazly Xiomara Hernández Torres, por medio de apoderado judicial, demandó
a Jorge Fandiño Estudios y Diseños S.A.S., para que se declare la existencia de
un contrato de trabajo a término fijo del 14 de abril al 30 de junio de 2016.
En consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de prestaciones*

sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria del artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita, y por las costas.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 23 y 24 del expediente, en los que en síntesis indicó que suscribió contrato de trabajo a término fijo con la demandada, por el período de un mes, entre el 14 de abril y el 14 de mayo de 2016, vinculación que se prorrogó en dos oportunidades a través de otrosíes, se acuerdo al término inicial; en misiva del 22 de julio de la misma anualidad se dio por terminada la relación de trabajo; prestó sus servicios como dibujante, con un salario de \$1.200.000 más auxilio de transporte, en un horario de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. de lunes a viernes; causó tiempo suplementario del 15 de abril al 30 de mayo de 2016, por lo que el 27 de julio del mismo año por medio de correo electrónico remitió comunicación a Víctor Hernández reportando con ello las horas extras laboradas para que se incluyeran en la liquidación del contrato, en respuesta, se le indicó que se cruzaron con los días que no laboró; la relación laboral finalizó el 31 de julio de 2016, mientras que el pago por la labor ejercida en ese último mes se canceló el 1º de noviembre de 2016; luego el 19 de diciembre de la misma calenda reclamó el pago de la liquidación y la inclusión de las horas extras en aquella; el 9 de febrero de 2017 vía mensaje de datos elevó petición a la que adjuntó la liquidación final, sin obtener respuesta, por lo que acudió al Ministerio del Trabajo, sin que las partes llegaran a un acuerdo; procedió la demanda a efectuar pago por consignación en suma de \$678.114; a la presentación de la demanda no se pagó la liquidación definitiva ni las horas extras.

En audiencia del 12 de noviembre de 2020, se relevó a la curadora ad litem, en atención a que la sociedad enjuiciada se hizo presente en la diligencia de que trata el artículo 77 del CPT y SS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Jorge Fandiño Estudios y Diseños S.A.S. compareció mediante curadora ad litem (fls. 55 a 57) se opuso a las pretensiones. No aceptó hecho alguno y propuso como medios de defensa las de prescripción y la genérica.

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 (C.D. fl. 74), en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 14 de abril al 31 de julio de 2016 entre las partes, en consecuencia condenó a la demandada al pago de los siguientes conceptos: auxilio de cesantías \$372.662, intereses a las cesantías \$13.043, prima de servicios \$106.475, vacaciones \$175.000, y sanción moratoria \$10.600.000; declaró parcialmente probada la excepción de pago y ordenó imputar a las condenas la suma de \$678.114 y no probadas las restantes, por último dispuso costas a cargo de la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación, por considerar que dentro del asunto se acreditó con la relación de horas extras remitida por la señora Hernández Torres el trabajo suplementario, la cual no fue desconocida, por lo que no puede ser de recibo la consideración de que no tenían validez probatoria. Aunado a que en el interrogatorio el representante legal señaló no supo indicar el lapso en el que la trabajadora prestó sus servicios, menos iba a conocer a Víctor Hernández, ya que el representante de la demandada confesó que para la época de la vinculación laboral de la activa, no estaba en la empresa.

A su vez, el extremo demandado adujo que "la valoración que hace el despacho es acertada en todo", salvo en la carga de la prueba sobre la mala fe del empleador, dado que debió trasladarse su demostración a la parte actora, que no allegó las documentales necesarias que acreditaran la mala fe.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo señalado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las partes al momento de sustentar su recurso de apelación.

NEXO LABORAL

No fue objeto de controversia que entre la demandante y la empresa Jorge Fandiño Estudios y Diseño S.A., existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 14 de abril y el 31 de julio de 2016, para desempeñarse como dibujante, con un salario de \$1.200.000, hechos que se corroboran con el contrato de trabajo (fl. 4), la certificación laboral (fl. 5), los otrosíes al contrato de trabajo (fls. 6 y 7) y carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 8)

TRABAJO SUPLEMENTARIO

La parte demandante a través de la alzada insiste en reclamar condena en contra de la accionada por concepto de horas extras laboradas desde el 15 de abril y hasta el 30 de mayo de 2016, las cuales afirma no se pagó.

Frente a esta pretensión la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: "(...) la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, y no es dable al Juzgador entrar en cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas".¹ Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días se desarrollaron.

Al analizar el material probatorio recaudado se tiene que se aportó a folio 9 un mensaje de datos del 27 de julio de 2016 en el que la actora refiere al señor Víctor Hernández: "Adjunto las horas extras pendientes (abril y mayo) en nuevo formato para su respectivo proceso e inclusión en la liquidación de mi terminación del contrato de trabajo", folio del que también se extrae como respuesta por él, "las novedades ya fueron reportadas a la administración, no obstante se cruzaron con los días que no asistió al trabajo sin avisar", de lo que se extrae que no existió aceptación expresa de unos turnos extendidos o de horas extras laboradas de manera específica, por cuanto en el correo electrónico no se hace referencia a algún día u horario en particular,

¹ Sentencias marzo 2 /1949, febrero 16 de 1950, marzo 15 de 1952 y diciembre 18 de 1953.

sin que tampoco en su cuerpo se observe que hubo un archivo adjunto que lo acompañara pese a que se anuncia en el contenido del correo electrónico.

Adicionalmente, milita a folio 10 una relación de horas extras, sin que exista certeza de quién la elaboró, a causa de que no cuenta con firma de elaboración de algún representante del empleador, ni con el logo distintivo de la que contienen las demás documentales emanadas por la sociedad demandada, aportas por el extremo activo a folios 4 a 8. En gracia de discusión, y en caso de que su elaboración la hubiere realizado la actora, basta señalar que no es factible derivar un derecho de los documentos emanados por la propia interesada (sentencia 42480 de 20 de febrero de 2013 y SL 4350 de 15 de abril de 2015, Rad. 44301).

Nada diferente se obtiene del interrogatorio de parte del representante legal de la pasiva pues para lo relevante en esta controversia, solo confirman lo ya señalado incluso por la parte actora en su recurso, y es que sabe que la señora Hernández Torres prestó sus servicios a la empresa, desconociendo las fechas y que no sabe si el señor Víctor Hernández laboró para la compañía, a causa que para la fecha en que acontecieron los hechos, él no ejercía la representación de la empresa.

Por lo anterior ante la falencia señalada, deviene la absolución de la demandada, imponiéndose confirmar la decisión del fallador de primer grado.

SANCIÓN MORATORIA

Si bien el apoderado de la encartada no manifestó de manera clara que el recurso se dirigía a la condena por sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, de conformidad a lo resuelto por el juez de primer grado, se tiene que aquel se pronunció acerca de la mala fe al estudiar el referido concepto.

Así, para resolver lo pertinente se tiene que el artículo 65, numeral 1°, del C. S. T., modificado por la Ley 789 de 2002, artículo 29, 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, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo. "2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia decide la controversia". Sanción que como lo ha admitido la jurisprudencia en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma, lo que, como lo expresa la H. Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, en sentencia de 16 de julio de 1979, "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia". por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 999 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento". Significando, entonces, que el contrato de trabajo se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, que es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico.

Destaca de las documentales incorporadas al plenario que la actora solicitó el pago de la liquidación final del contrato de trabajo el 9 de febrero de 2017 (fls. 13 y 14) y sólo procedió a depositar el título judicial para satisfacer esa obligación el 25 de abril de 2017 (fl. 18), sin que se justificara la demora del pago, cuando el vínculo feneció el 31 de julio de 2016. Entonces, la parte recurrente no cumplió con la carga que le asistía a efectos de probar la buena fe en su actuar, y que por ende permitiera la exoneración de la sanción en estudio.

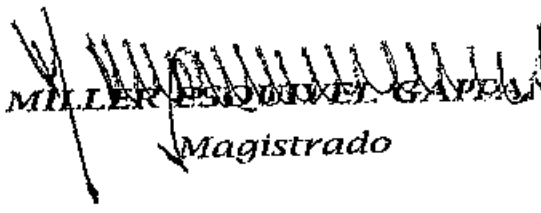
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

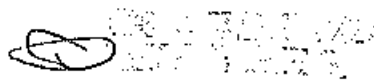
Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPA
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

CONTINUACIÓN AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIRO ANTONIO MURCIA ROMERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y EPS CAFESALUD

En Bogotá, D.C., a los trece (13) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00pm.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta junto con los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Como consecuencia de lo anterior, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal recurso de apelación interpuesto por Colpensiones en contra de la sentencia del 9 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en el grado jurisdiccional de consulta, frente a las condenas no apeladas que la afectan.

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

DEMANDA

Jairo Antonio Murcia Romero, por medio de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria en contra de la Administradora Colombia de Pensiones, Colpensiones, y la EPS Cafesalud en liquidación hoy Medimas EPS para que se

condene al reconocimiento y pago de las incapacidades causadas entre el 1º de noviembre de 2014 y 15 de mayo del 2018 y las que se sigan causando hasta que la administradora de pensiones reconozca la pensión de invalidez; intereses del artículo 141 de la ley 100 de 1993, indexación de las sumas adeudadas, y lo probado extra y ultra petita.

Como fundamento de las pretensiones propuso como hechos los enlistados a folios 79 a 80 del expediente, los que en síntesis expresa que: nació el 22 de enero de 1961 por lo que cuenta con 57 años; en 2006 le diagnosticaron una cardiomiopatía isquémica, síndrome de infarto cerebeloso y apnea del sueño por tal razón la EPS Cafesalud desde el año 2011 le entrega incapacidades; en agosto de 2011 el ISS hoy Colpensiones le realizó una calificación de pérdida de capacidad laboral determinando una invalidez de 72.25 con fecha de estructuración 3 de octubre de 2006; que laboró hasta julio de 2010. Afirma que viene presentando incapacidades desde su retiro laboral de las cuales algunas fueron canceladas por la EPS y otras por parte de Colpensiones, pero desde el 1º de noviembre de 2014 no se le han cancelado; con ocasión de ello presento acción de tutela, para obtener el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual fue negada por Colpensiones con el argumento de no cumplir los señalado en la Ley; que la empresa para la cual laboraba viene pagando los correspondientes aportes a seguridad social, que Colpensiones ha negado el pago de las incapacidades; afirma ser padre cabeza de hogar, solicitó a Colpensiones el pago de las incapacidades a lo cual respondieron negativamente argumentando que ya existe una calificación y que le corresponde a Medimas EPS pagarlas; a su vez ésta respondió que no son los llamados a responder que es Cafesalud EPS en liquidación; la empresa donde se encuentra vinculado ha pedido permiso para despedirlo al ser calificado como invalido y que Colpensiones ha negado en reiteradas ocasiones la pensión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones, en forma oportuna y dentro del término legal por medio de escrito visible a folios 109 a 123, en el que se opuso a todas las pretensiones;

frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la edad, lo dicho respecto de la enfermedad, las incapacidades hasta el año 2011, la calificación de pérdida de la capacidad laboral realizada en agosto de 2011, la cancelación de las incapacidades hasta el año 2014; la negativa del pago de las incapacidades y de la pensión de vejez; respecto a los demás hechos manifestó que no le constaban o no eran ciertos. Propuso las excepciones que denominó; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; Buena fe; prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

A su vez EPS Medimas contestó en forma oportuna y dentro del término legal por medio de escrito visible a folios 140 a 154 en el que se opuso a todas las pretensiones; frente a los hechos dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones que denominó; falta de legitimación por pasiva, Buena fe; inexistencia de las obligaciones reclamadas; prescripción y la innominadas o genérica.

En audiencia del art. 77 del CPT y SS llevada a cabo el 1° de marzo de 2021 (fls 192 a 196), se aprobó conciliación entre el demandante y Medimas EPS, en relación con las incapacidades otorgadas entre el 5 de agosto de 2017 y el 20 de agosto de 2019 en la suma de \$8.202.223,00, por lo que dispuso la terminación del proceso en relaciona con la citada EPS y lo continuó frente a Colpensiones.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia antes referida (fls.200 a 202, CD y acta), en la que se decidió condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de las incapacidades causadas entre el 9 de julio de 2015 hasta el 21 de mayo de 2016, cuyo pago debe realizarse de manera indexada al momento de realizarse; absolver de las demás pretensiones incoadas, declarar probada la excepción de prescripción extintiva respecto de las incapacidades con anterioridad al 9 de julio de 2015 y condenar en costas a Colpensiones

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el apoderado de la demandada Colpensiones, indica que si bien no desconoce la obligación del reconocimiento y pago de la incapacidades a cargo de Colpensiones causadas entre el día 180 y el 540 se debe tener en cuenta que Cafesalud EPS en noviembre de 2014 presentó un concepto desfavorable de rehabilitación por el diagnóstico de síndrome de infarto, observando las incapacidades otorgadas al demandante por su médicos tratantes; a Colpensiones le correspondería el pago de las causadas aproximadamente hasta junio de 2015, por lo que en su criterio las obligaciones a cargo de esa entidad estarían prescritas, aunado que frente a las causadas con posterioridad del día 540 están a cargo de la EPS, por lo que pide se revocar la decisión de primera instancia y se absuelva de las condenas que le fueron impuestas.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a examinar los puntos de censura planteados por las demandadas y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

PAGO DE INCAPACIDADES

No es objeto de discusión que el señor Jairo Antonio Murcia Romero se vinculó laboralmente con Apuestas de Marca S.A.S y a pesar de que dejó de laborar desde julio de 2010, ésta le ha venido realizando cotizaciones al sistema de seguridad social integral. Así mismo que fue incapacitado por los médicos tratantes de su EPS Cafesalud hoy Medimas EPS en forma continua 1º de noviembre de 2014 y 15 de mayo del 2018, por patologías de origen común, como lo aceptó esta entidad de salud desde la contestación de la demanda. Tampoco se controvierte que al EPS convocada asumió el pago de las incapacidades posteriores al día 540, las que fueron reconocidas en la conciliación celebrada.

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

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

*ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.*

*iii. Desde el día **181** y hasta un plazo de **540** días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005² para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS³.*

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un

¹ Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 1748 de 1995, el Decreto 1406 de 1999 y el Decreto 2943 de 2013

² Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

³ Sobre el particular se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto⁴.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

Ahora la demandada Colpensiones a través de la alzada insiste en que al existir concepto desfavorable de rehabilitación, no le corresponde el pago de las incapacidades que persisten entre el día 181 y el 540, en tanto asume que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre el particular la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador⁵, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, lo cual corresponde a una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral y asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador⁶.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP. Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁵ Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º.

tranquilidad de recibir un apoyo económico. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable, deber que es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso⁷.

Así, teniendo en cuenta que la EPS Cafesalud hoy Medinas EPS de manera oportuna emitió el concepto desfavorable de rehabilitación en que fue comunicado a la AFP Colpensiones, sin embargo, dentro de los 360 días siguientes no se ha realizado una nueva calificación que defina la pérdida de la capacidad laboral del afiliado Murcia Romero, y éste sea mantenido con incapacidades permanentes.

iv En cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. Al respecto, esa Corporación mediante sentencia T-468 de 2010⁸ advirtió lo siguiente:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.” Agregó que “En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia,

⁷ Sentencia T-419 de 2015.

⁸ Mediante sentencias T-684 de 2010 y T-876 de 2013 se reiteró la existencia de un déficit de protección para incapacidades superiores a 540 días.

ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.

En razón de ello, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015⁹ mediante la cual buscó dar una solución al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”¹⁰. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

*Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015¹¹, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a **540** días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado¹². Y respecto de estas últimas como se indicó en precedencia fueron asumidas por Medimas EPS en el acuerdo conciliatorio llevado a cabo el 1° de marzo de 2021.*

Así, tenemos que las incapacidades respecto de las cuales se pide el reconocimiento y pago, conforme a las pruebas documentales allegadas a folios 2 a 49 del plenario, es claro, que las causadas entre el 21 de mayo de 2015 y el 21 de mayo de 2016, corresponde asumirlas a Colpensiones ya que

⁹ “Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018”.

¹⁰ Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

¹¹ Ley 1753 de 2015. “ARTÍCULO 267. Vigencias y Derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.” La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

¹² Corte Constitucional Sentencias T-144 de 2016 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado), T-200 de 2017 (M.P José Antonio Cepeda Amarís) y T-401 de 2017 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado), sentencia T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger), entre otras.

estas se encuentran enmarcadas entre el día 180 y 540, como en efecto lo concluyó el a quo.

Así, teniendo en cuenta que como tan solo a través de este proceso se reclama el reconocimiento y pago de las mismas, sin que se acredite que con anterioridad el promotor las hubiera reclamado, de conformidad con lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del C. P. T. y S.S., el término de prescripción se contabiliza desde el momento de la presentación de la demanda y como esto ocurrió el 9 de julio de julio de 2018, se encuentran prescritas las incapacidades causadas con anterioridad al 9 de julio de 2015, por lo que no le asiste razón a la recurrente, imponiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

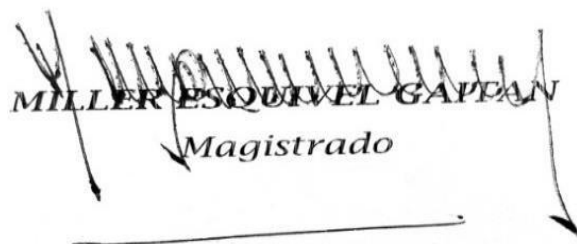
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., la Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

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

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

Notifíquese y Cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado