

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 LAURA INÉS CONCHA ERAZO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio 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,

P R O V I D E N C I A

Reconócese personería a la Dra. 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, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, 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 demandante Laura Inés Concha Erazo. contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Laura Inés Concha Erazo, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A. para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, por tanto, la afiliación a RPMPD se encuentra vigente y sin solución de continuidad. Igualmente, se declare que Porvenir S.A. devuelva los aportes, rendimientos, bonos y demás conceptos económicos relacionados. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes sin efectuar descuento alguno, a su vez, se ordene a esta última entidad a reactivar la afiliación, reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación de las condenas, lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 1 al 3 del archivo 05. del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indica que: nació el 20 de junio de 1960; cotiza a pensiones desde 1982; el 9 de febrero de 1996 se trasladó a Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.; la afiliación se hizo en su lugar de trabajo; el asesor diligenció el formulario y ella sólo lo firmó; se vinculó a Colfondos S.A. en septiembre de 1998; en noviembre de 1999 retorno a Porvenir S.A.; luego, en octubre de 2002 pasó a Horizonte S.A., de allí a Skandia S.A. en noviembre de 2004, retornó a Horizonte S.A. para marzo de 2007, nuevamente estuvo con Skandia S.A. a partir de mayo de 2008 y en el mes de diciembre del mismo año se unió a Porvenir S.A., una vez más en julio de 2009 a Skandia S.A., en junio de 2010 volvió a Porvenir S.A., para noviembre de 2011 otra vez se afilia a Skandia S.A., en diciembre de 2012 se cambia a Horizonte S.A., pasa una vez más a Skandia S.A. en abril de 2014 y finalmente en junio de 2015 se vincula a Colfondos S.A.; sostiene que tanto el fondo con el que se trasladó inicialmente, como en el que permanece a la fecha no entregaron el reglamento que contempla el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, no indicaron la edad mínima de pensión, el capital necesario para acceder a la pensión, la posibilidad de regresar al RPMPD; así mismo Porvenir S.A. se abstuvo de cumplir el deber de información y buen consejo al momento del cambio de régimen, ya que no le manifestó las consecuencias de ello; tiene 1417 semanas cotizadas, de las cuales 265,14

corresponden al ISS; solicitó a Colpensiones el traslado de régimen; la administradora negó la petición; elevó derechos de petición a Porvenir S.A. y Old Mutual hoy Skandia S.A., los cuales se respondieron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colfondos S.A. oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 14 expediente digitalizado). En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la afiliación realizada ante la entidad sobre los restantes manifestó que no le constan y no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación de la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación por la actora, prescripción y compensación y pago

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 15 expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Colpensiones en forma legal y oportuna, se opuso a las pretensiones formuladas (archivo 16 expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actora, la densidad de semanas cotizadas a esa administradora, así como las peticiones que se elevaron a aquella y cuyas respuestas fueron contrarias a los intereses de la demandante; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones 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, y la innominada o genérica.

A su vez, Skandia S.A. contestó se opuso únicamente a la condena en costas, de las demás no se opone ni se allana (archivo 20 del expediente digital). En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las afiliaciones realizadas

ante la entidad, en cuanto a los demás, expresó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones perentorias de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, 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 (grabación de audiencia y acta anexos al expediente digitalizado), en la que absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora y la condenó en costas. Al estimar que la demandante era una persona conocedora del régimen al trabajar en el sistema financiero, como corredora de bolsa.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la actora interpone recurso de apelación argumentando que al caso es aplicable la sentencia SL 3752 de 2020, debido a que la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia no tiene la facultad de variar la línea jurisprudencial fijada por la sala permanente. Al punto, precisa que tampoco puede tenerse en cuenta la sentencia SL 403 de 2018 referente a actos de relacionamientos, pues lo tratado en dicha providencia no se relaciona con la ineficacia planteada. Agrega que la multiplicidad de traslados fue a causa de los altos ingresos económicos de la trabajadora. Respecto de los aportes voluntarios precisa que no fueron significativos, pues sólo existió uno de diecisiete mil pesos que realizó el empleador. A la inferencia de que no es un afiliado lego, por su trabajo en el sistema financiero, resalta que con ocasión a las capacitaciones realizadas cada año, particularmente la última, adquirió conocimiento de las incidencias pensionales, sin que antes de ello estudiara el sistema. Finalmente refiere que no puede entenderse saneada la ineficacia con el paso del tiempo.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia

argumentando que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, motivo por el que debe confirmarse la sentencia.

La parte actora también alegó en esta instancia en similar sentido a las consideraciones que fundamentan 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 reparos planteados por la demandante a la sentencia de primera instancia al momento de sustentar el recurso de apelación.

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, 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.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "PORVENIR S.A. NO le informó a mi poderdante sobre las consecuencias de trasladarse de régimen, así como la posible pérdida de beneficios pensionales", 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 debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 9 de febrero de 1996. Precisando 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 en el año 1996, debido a que en Recursos Humanos de la Fiduempresa se le manifestó que el ISS se extinguiría, lo único que siempre preguntó al cambio era si acarrearía algún costo a lo que se le señaló que no; para la fecha del cambio de régimen su cargo era de gerente comercial, esto es, atendía clientes que necesitaran un tema fiduciario. Los asesores comerciales de los fondos siempre eran amigos de alguien y le decían que se afiliara; no recibió presión para trasladarse y que la información que tiene la recibió del abogado; una vez fue al fondo a pedir la historia laboral; de los extractos miraba que disminuía el saldo; debido a que siempre ha manejado bolsa de CDT, un mes antes de la diligencia se capacitó para operador en pensiones; es la primera vez que se certifica como operador básico en pensiones; en la época que trabajó en Alianza Valores le señalaron la importancia de tener un fondo voluntario por encima de la rete fuente; debido a que consideraba que Colpensiones y los fondos privados eran lo mismo nunca acudió a solicitar información.

Al punto, difiere la Sala con la juez de primer grado, pues no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, carga que se debió efectuar el 9 de

febrero de 1996, cuando realizó la solicitud inicial de vinculación y no en los años subsiguientes cuando la activa cambió de fondo pensional en el régimen privado. Tampoco son de recibo las consideraciones de que la demandante no se trata de un afiliado lego ya que durante su vida laboral ha prestado servicios al sector financiero como corredora de bolsa, agente fiduciario y gerente comercial por lo que debía tener información sobre el sistema general de pensiones y las particularidades de cada régimen; en razón a que conforme lo manifestó ésta en su interrogatorio de parte al momento de realizarse su traslado no contaba con conocimiento específico en pensiones y en el cargo que desempeñaba era de atender clientes que requirieran de una fiducia, temas diferentes.

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 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 81 del archivo 15 del expediente digital y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles 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 de folio 81 del archivo 15 del expediente digital se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa 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.

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, porque 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.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional implica para Colpensiones como

administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que deba recibir las sumas trasladadas por las AFP accionada; debiendo asimismo mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, actualizando su historia laboral.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión absolutoria de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por Laura Inés Concha Erazo con destino a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el 9 de febrero de 1996 efectiva a partir del 1º de marzo del mismo año; ordenando a Colfondos S.A., AFP a la cual se encuentra afiliada actualmente, a trasladar los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional y gastos de administración, con destino a Colpensiones. Igualmente, se ordenará a Porvenir S.A. que trasladen a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración; debiendo esta última entidad recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y actualizar su historia laboral.

PENSIÓN DE VEJEZ

De otro lado, solicita la parte demandante el reconocimiento de la pensión de vejez bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de las mujeres, el cumplimiento de los 57 años de edad, y 1300 semanas de cotización. Al respecto, la Sala advierte que, si bien la actora cumplió los 57 años de edad el 20 de junio de 2017, conforme se establece con su fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 32 archivo 02 del expediente digital); lo cierto es que sólo alcanzaría las 1300 semanas cotizadas exigidos por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por parte de la AFP Colfondos S.A. lo que de contera permite la liquidación de la mesada pensional. En tal sentido, una vez se

realice el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, 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.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por Laura Inés Concha Erazo con destino a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., el 9 de febrero de 1996 efectiva a partir del 1º de marzo del mismo año. En consecuencia, se debe mantener la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.*

Segundo.- *Ordenar a la AFP Colfondos S.A. el traslado de los valores que tiene en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional y gastos de administración, con destino a Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas*

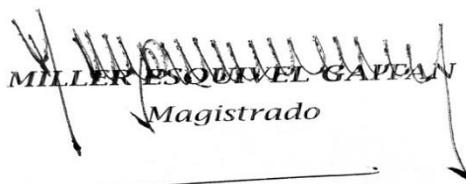
y mantendrá su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Tercero.- Ordenar a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración.

Cuarto.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Quinto.- Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de las enjuiciadas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

EN PERMISO

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 MARTHA AURELIA SEGURA FAYAD 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 treinta (30) días de junio 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 sustituta de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

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 5 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintiséis 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

Martha Aurelia Segura Fayad, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A., ante la falta en el deber de información, En consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado De igual manera pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis indica que: se trasladó a la AFP Porvenir el 31 de enero de 2003 a través del formulario No. 01803333, pero el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna a cerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, en especial no se hizo un estudio de su situación particular, sino que se ilustró únicamente sobre las ventajas que podía tener al cambiarse al RAIS, le prometieron condiciones y beneficios muy superiores a los que podía obtener el en el RPMPD; que nació el 30 de octubre de 1962 y cumplió 57 años de edad el mismo día y mes de 2019; realizó cotizaciones a la AFP demandada desde el 1º de febrero de 2003 al 31 de mayo de 2017, es decir, 810 semanas y en el RPMPD conforme los formatos de información laboral expedidos por la Contraloría General dela República y por Colpensiones; que la AFP Porvenir S.A. le realizó una simulación de lo que podía ser su mesada pensional el 11 de enero de 2017, determinando que podía ascender a \$1.365.800 en el RAIS, mientras que teniendo en cuenta los aportes realizados, el IBC reportado en los últimos 10 años y el número de semanas en el RPMPD sería de \$3.555.432, resultando ostensiblemente superior en este régimen evidenciado el detrimento causado con la decisión mal informada por la AFP; y que el 13 de julio de 2017 presentó reclamación ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado de régimen y su retorno esa entidad, sin obtener respuesta por parte de esa entidad.

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. 52 a 58 del expediente); en cuanto a los hechos los acepta los relacionados con el traslado de régimen realizado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. en la fecha indicada en el libelo, con la simulación pensional efectuada y 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, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos 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 82 a 88, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos acepta los relacionados con su traslado a ese fondo, la fecha de nacimiento de la actora y la realización de la simulación pensional, frente a los demás señaló que no son ciertos y no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o 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, (cd y acta fls 151 a 153), en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por la demandante al RAIS a partir de marzo de 2003; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; a Colpensiones, a que acepte el traslado reciba los dineros y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora, declaró no probadas excepciones y condenó en costas a la AFP demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que con la afiliación al RAIS no se le causa ningún perjuicio a la demandante en la medida que no es beneficiaria 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 esa AFP; y por el contrario suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación el cual contiene todos los requisitos legales vigentes para la época sin ser necesaria prueba adicional. Añadió que la actora ha estado afiliado al RAIS por más de 15 años, ratificando de esta manera su voluntad de permanecer 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, sin poder obtener la comparecencia del asesor comercial que la atendió y dentro del proceso se encuentra acreditado que recibió la información necesaria al momento de realizarse el traslado entre fondos, aunado que se encuentra dentro de la prohibición legal para retornar al RPMPD conforme lo previsto en la Ley 797 de 2003, ya que le faltan menos de diez años para pensionarse. Así nuestra su inconformidad frente la orden de traslado de los gastos de administración 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 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 más de 15 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el

Exp. No. 026 2019 00607 01

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 del 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.

La parte demandante en sus alegaciones, señala que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, ya que dentro del proceso se encuentra demostrado la falta de la AFP Porvenir S.A. en el deber de información al momento de su traslado de régimen pensional y se la decisión se encuentra ajustada al reiterado criterio jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que pide confirmar la decisión de primera instancia.

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 planteado por la AFP demandada en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala estima necesario referirse a la inconformidad planteada por AFP Porvenir S.A. referente a la restricción del derecho al traslado del demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor 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, pues es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 58 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 30 de octubre de 1962, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 12 del expediente); 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 a través de la AFP Porvenir S.A. el 31 de enero de 2003 con efectividad desde el 1° de marzo del mismo año (fl 89), 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 Porvenir S.A.

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. Sí ésta se duele por tener como única prueba el formulario de afiliación, qué puede predicarse de la accionante si corriera con esa carga

procesal, implicaría, ello, que de entrada sus pretensiones serían desfavorables, lo que atentaría con el equilibrio procesal de las partes.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "el asesor comercial no le brindó información clara, competente y oportuna a cerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, en especial no se hizo un estudio de su situación particular", 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 ser negativas, sino por ser 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 afiliada, 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 Porvenir S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 31 de enero de 2003, con efectividad desde el 1° de marzo del mismo año (fl 89). 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

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que estando laborando en la Subgerencia Regional Magdalena de la Contraloría General de la Nación fue visitada en su lugar de trabajo por una agente comercial de la AFP Porvenir y luego de averiguarle en que entidad se encontraba afiliada para pensión, le indicó que lo mejor era que se trasladara a ese fondo debido a que el ISS se iba a acabar ya que estaba quebrado financieramente, debiendo hacerlo de manera rápida, porque además allí obtendría una mejor pensión y a más temprana edad, por la rentabilidad que tenían en los fondos; indica que la reunión fue de aproximadamente 25 a

30 minutos, peor no se le indicó cuáles eran los requisitos para pensionarse en cada régimen, que iba a tener una cuenta de ahorro individual, ni que pasaba con los aportes realizados al ISS en el RPMPD, la motivo a retornar Colpensiones dado que se siente engañada porque no le dieron la información necesaria para trasladarse al RAIS, de lo cual se dio cuenta en 2017 que estaba cerca de cumplir los requisitos para obtener su pensión y ante la solicitud de simulación de pensión se dio cuenta que su mesada pensional en el fondo es muy inferior a la que podía recibir de mantenerse en el RPMPD. Agrega que nunca le indicaron la forma en que podía pensionarse en el fondo, los requisitos allí establecidos, tampoco sobre un capital mínimo ni que pasaba si no alcanzaba a acumularlo, no le informaron sobre la garantía de pensión mínima, ni sobre las variables para liquidar la pensión en el RAIS, no se le informó sobre la posibilidad de retracto o la imposibilidad de retornar al ISS cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse, ninguna manifestación le hicieron sobre situación de consumidor financiero, no se le dio conocer reglamentos del Fondo para verificar sus derechos y obligaciones, ni se le mencionó del descuento de sus aporte algunas suma para seguro provisional.

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 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, esto es, sin brindarse información alguna sobre el régimen, ni mucho menos sobre las modalidades de pensión y demás aspectos básicos que debía conocer.

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 165 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. Percátense 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 el folio 165 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 promotora 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 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

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.

Exp. No. 026 2019 00607 01

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 la demandante, por lo que no es de recibo el 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.

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, 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.

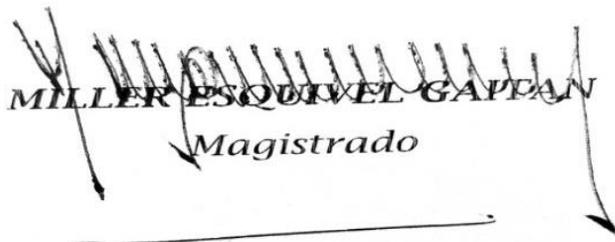
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

EN PERMISO
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 MARTHA CECILIA GRANADOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio 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,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

ANTECEDENTES

Martha Cecilia granados, 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 del traslado en razón de que el fondo de pensiones incurrió en omisión del deber de información y por tanto existió un vicio de

consentimiento, lo que conlleva a que se encuentre válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes cotizados al RAIS, debiendo esta última entidad recibir dichos dineros. Asimismo, se condene a lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 y 2 vto. en los que en síntesis se indica que: nació el 24 de agosto de 1962; estuvo afiliada al ISS del 19 de febrero de 1980 al 31 de marzo de 1998 cotizando 842 semanas; debido a que se le manifestó que se pensionaría con una mesada pensional mayor a la del RPMPD se trasladó a Porvenir S.A. el 22 de julio de 1998; la AFP no le ofreció elementos de juicio ni información veraz previo al cambio y tampoco le informó que el valor de la mesada pensional sería inferior, por lo que incumplió el deber que le asiste de conformidad con el Decreto 720 de 1994; con el paso del tiempo descubrió que los beneficios pensionales ofrecidos no se ajustaban a la realidad; el 1º de marzo de 2001 se vinculó a Protección S.A.; no se le comunicó acerca del año de gracia con el que contaba para volver al ISS en virtud del Decreto 3800 de 2003; el 30 de septiembre de 2003 retornó a Porvenir S.A., fondo de pensiones al que pidió invalidar la afiliación, mientras que a Colpensiones elevó solicitud de afiliación, en ambos casos las peticiones se negaron.

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. 45 a 56); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la promotora, su inicial vinculación al ISS; la petición de retorno y la negativa de la entidad, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como medios de defensa las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de constas en instituciones administradora de seguridad del orden público y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A., en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda,

oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 69 a 82); frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a esa AFP y la reclamación allí presentada indicando que fue respondida en forma negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan se Propuso como excepciones perentorias las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o 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 (CD fl. 108) en la que declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los bonos, rendimientos financieros y gastos de administración y a ésta a aceptar le traslado y las sumas transferidas. Declarar no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP Porvenir

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que al tenerse como afiliada a la actora estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema así mismo los afiliados tienen el deber en su calidad de ciudadanos el informarse; aunado a esto el material recaudado no se demostró vicios del consentimiento por el contrario se evidencia que lo declarado en el interrogatorio de parte de la actora es diferente a la realidad procesal como se puede ver en el folio 269 del expediente digitalizado donde se le informa las consecuencias del traslado.

La AFP Porvenir S.A. centra su discrepancia en que los gastos de administración son valores reglados en la Ley 100 de 1993 por lo que ambos regímenes pensionales se procede a su descuento equivalente al 3%, por lo que en caso de

confirmar la sentencia se incurriría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, toda vez que esos gastos se causaron así como unos rendimientos, los cuales la administradora del RPMPD recibiría y descontaría.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Protección presentó alegaciones en esta instancia, en la que solicitó se revoque la sentencia de primer grado, por cuanto la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de retornar al RPMPD, por encontrarse a menos de diez años para cumplir la edad pensional.

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 demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas que la afectan a Colpensiones y que no fueron apeladas.

Aunque Porvenir S.A. recurre la sentencia únicamente en cuanto hace al reembolso de los gastos de administración, vale la pena precisar a lo anotado en los alegatos en esta instancia que la controversia en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP Porvenir S.A. el 22 de julio de 1998 con efectividad desde el 1° de septiembre del mismo año (fl 86), 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 dicha manifestación.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

En primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto, siéndolo lo relativo a los gastos de administración, como ya se determinó ; razón por la cual, el problema

jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en definir este punto y la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones en el sub lite; precisando que era Porvenir S.A, quien tenía la información que debió suministrar al demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS. Adicionalmente Colpensiones al no intervenir en la etapa de traslado régimen pensional no se ve cómo pueda dar fe que se cumplió con la obligación de información, cuando aquella no lo debatió.

Bien, 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; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la

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.

administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis de la AFP accionada 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 Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, 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 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, 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.

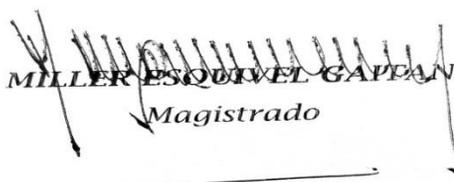
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cada una de las recurrentes.*

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

EN PERMISO

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 OLGA YANETH HERNÁNDEZ JIMÉNEZ CONTRA ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PRTECCIÓN S.A.*

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio 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 parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Olga Yaneth Hernández Jiménez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Protección S.A. para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su hijo Daniel Camilo Rodríguez Hernández, a partir del 29 de diciembre de 2017; junto la indexación de las sumas objeto de condena y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis se indica que: Daniel Camilo Rodríguez Hernández falleció el 29 de diciembre de 2017, momento en el cual se encontraba

afiliado a Protección S.A.; el de cujus contaba con más de 50 semanas de cotización previo a su deceso, por lo que acudió a la AFP a reclamar la prestación, ya que dependía económicamente de él. A su vez la administradora procedió a realizar una visita a su lugar de residencia, y luego de ello negó la solicitud, a razón de que también concurrió la señora ANA MILENA MARÍN PATIÑO en calidad de compañera permanente a reclamar la pensión; la señora MARÍN PATIÑO tuvo una relación con el causante pero no reúne el requisito de convivencia

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Protección S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (CD. fl. 75 archivo 02.), en cuanto a los hechos aceptó la fecha de deceso del causante, su afiliación, las semanas cotizadas previo al fallecimiento, la reclamación de la prestación que realizó la demandante y negativa causa de un beneficiario con mejor derecho, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, existencia de conflicto en presuntas beneficiarias, falta de causa y buena fe, inexistencia de intereses moratorios e innominada.

Por su parte, la señora Ana Milena Marín Patiño compareció mediante curadora ad litem (CD. fl. 75 archivo 08.), se opuso a las pretensiones. Como medio de defensa propuso la excepción 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. 75) en la que absolvió a Porvenir S.A. de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación argumentando que probó la dependencia económica hacia el causante. Indicó que los testigos manifestaron que el causante siempre buscó protegerla y “en el caso de la afiliación que tenía ella a salud se evidencia que ella quiso desde siempre proteger a su hijo en el sentido que no se hiciera cargo de dicha prestación”.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora presentó alegatos en esta instancia en los que en síntesis señaló que por medio de la visita que realizó la AFP al lugar de residencia pudo constatar la condición económica en la que se encuentra.

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 realizar el análisis únicamente de los reparos expuestos por el extremo demandante en la sustentación de su recurso de apelación y que se contrae a la prueba de la dependencia económica de la actora.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - DEPENDENCIA ECONÓMICA

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe discusión en cuanto a que el causante falleció el 29 de diciembre de 2017, como da cuenta su registro civil de defunción (fl. 6) y dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó más de 50 semanas como lo aceptó a la AFP en la contestación del hecho 3 de la demanda. Tampoco es tema de debate que la actora ostenta la calidad de madre del difunto Daniel Camilo Rodríguez Hernández, tal como se observa en el registro civil de nacimiento de este último (fl. 7); y que la AFP demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la promotora de la litis por la existencia de otro beneficiario con mejor derecho (fls.8 y 9).

Ahora, considerando la data del deceso del causante, 29 de diciembre de 2017, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

[...]

*d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, **serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste:...**”*

Es claro que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es proteger a las personas que dependían económicamente del trabajador fallecido y no queden en desamparo, dado el principio de solidaridad que orienta la seguridad social, de tal suerte que puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del trabajador o afiliado que ha fallecido; no es simplemente que éste le dispensara una ayuda, sino que estuvieran sometidos económicamente al causante; y que, en ausencia de éste, se encontraría en desamparo o riesgo su subsistencia. Dependencia económica que, como bien lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia - SCL, no implica que el beneficiario dependa totalmente del causante o que aquel no tenga ninguna clase de ingresos. Así se señaló en la sentencia de 20 de noviembre de 2007, con rad. 31.394:

“El tema de la dependencia económica de los padres respecto de un hijo, como requisito para que aquellos puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, con motivo del fallecimiento de éste, y ante la falta de otros beneficiarios con mejor derecho, ya ha sido suficientemente definido por la jurisprudencia de la Corte, al dejar en claro que ella no desaparece cuando es parcial y complementaria a la de otros ingresos, en cuanto éstos pueden resultar insuficientes para la satisfacción de las necesidades básicas requeridas para sobrevivir”.

Y como lo puntualizó la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo atrás referido, en la sentencia C-111 de 2006, en el sentido que se le tenga que “imponer a los padres la carga de demostrar una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica”.

Bajo estas orientaciones, se verificará si la demandante demostró que dependía económicamente de su hijo Daniel Camilo Rodríguez Hernández, es decir, que era quien le ayudaba a proporcionar lo básico para su subsistencia.

Bien, fue aportada la siguiente prueba documental relevante: declaración extrajuicio rendida por la demandante el 24 de julio de 2018 en la que manifiesta que dependía económicamente del causante (fl. 39), certificado de antigüedad y semanas cotizadas POS expedido el 17 de septiembre de 2018, del que se extrae que la actora es activa cotizante en salud y su beneficiario es Jorge Enrique de la Rosa Rojas (fl. 96 del archivo 02 del CD. fl. 75), informe de investigación para pago de prestaciones económicas elaborado por Consultando S.A.S. en el que se concluye:

“en cuanto a la posible dependencia económica de la reclamante para con el afiliado, se puede inferir que no había tal, en razón de que en primer lugar, el afiliado no vivía con su mamá bajo el mismo techo, y en segundo lugar, porque el afiliado al residir en otro sitio con la compañera tenía sus gastos propios.

Adicionalmente, se pudo establecer que la señora OLGA JANETH, para cuando fallece su hijo DANIEL, se encontraba conviviendo en unión libre con el señor JORGE ENRIQUE DE LA ROSA, el cual se desempeña como conductor de UBER, aunque nieguen dicha convivencia, tanto la reclamante como el señor DE LA ROSA.

Sumado a lo anterior, vale la pena destacar, que la señora OLGA JANETH niega también haber laborado en forma continua con el señor BOHORQUEZ, sin embargo en las entrevistas realizadas, desmienten la información [...]” (fls. 37 a 58 del archivo 02 del CD. fl. 75)

Por su parte, Olga Yaneth Hernández Jiménez, al absolver interrogatorio de parte, aseguró que el causante vivía con ella, pero debido a las necesidades que pasaban Daniel Camilo algunas veces se quedaba con la abuela. Percibe un canon de arrendamiento con lo que se ayuda para los gastos escolares de su hijo menor. Dijo que tiene afiliado como beneficiario en salud a Jorge Enrique de la Rosa desde el año 2003, debido a que son novios y él le ayuda para pagar dicho aporte. Infirió que la señora Ana Milena era novia de su hijo, que no convivían juntos, ya que él iba y se quedaba con ella algunos fines de semana.

Se recibió el testimonio de Carlos Andrés Molino Ramírez amigo de la infancia del causante, quien aseguró que Hernández Jiménez vivía con el afiliado fallecido motivo por el que fue ella quien lo llevó al hospital cuando aquel enfermó. Adujo que el de cujus siempre quería ayudar a la demandante, pese a que trabajaba en una oficina de abogados en el centro. Desconoce quién costaba los servicios y alimentos, así como el lugar de residencia de Jorge Enrique de la Rosa. Señaló que Marín Patiño tuvo una relación “intermitente” con Daniel Camilo.

En similar sentido, el deponente José Martín Triana Bejarano, es arrendatario de la accionante desde hace 20 años, a la que le paga un canon de \$550.000 y quien además trabaja en oficios varios limpiando casas y oficinas. En vida el causante vivía con Hernández Jiménez y realizaba las reuniones para el pago de los servicios de la parte que les tocaba a ellos y por eso sabe que él aportaba económicamente. Luego refirió que los servicios los pagaba Olga Yaneth. Infirió que en las temporadas en que ella estaba mal económicamente Daniel Camilo, se iba a casa de la abuela o con la familia del papá. Dijo que Marín Patiño acudió a las exequias, pero que en vida del afiliado, no convivió con esta. Por último, dijo que no sabe si el señor Jorge de la Rosa aporta económicamente al hogar, quien es el novio de la activa.

Así mismo, Liliana Catherine Herrera Giraldo, compañera de la universidad del causante adujo que fue una sola vez a la casa de aquel, quien residía con el hermano y la mamá en una casa de dos pisos; que él trabajaba y el salario era para ayudarle a la mamá y pagar el estudio. Cuando estudiaban lo acompañó a llevarle dinero a la Olga Yaneth a la oficina. Luego del 2013, se distanció de él, por lo que no sabe si convivió con Ana Milena, sólo le consta que ellos salían juntos.

Nótese en este punto, que si bien la testigo Liliana Catherine Herrera Giraldo dijo constarle que el entonces afiliado le daba dinero a actora, lo cierto es que luego de 2013, cuando manifestó que se distanció de él no puede dar fe de tales circunstancias, máxime cuando solo acudió en una oportunidad a la vivienda de éste. En cuanto al deponente Carlos Andrés Molino Ramírez, si bien manifestó el deseo que en vida tenía Rodríguez Hernández de ayudar a su progenitora, no menos cierto es que no le consta situación alguna con la que pueda corroborar su dicho, pues, pese a su cercanía con el causante desconoce quién o quienes soportaban los gastos económicos del hogar.

Finalmente, respecto del señor José Martín Triana Bejarano pese a que reside en el mismo domicilio de la actora, resulta contradictorio que conociera que el causante sí aportaba económicamente para el pago de servicios del hogar, mientras que no pudo indicar si el señor Jorge de la Rosa hacia algún tipo de contribución económica.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se colige que la actora no demostró su dependencia económica hacia el causante, como acertadamente lo concluyó la falladora de primer grado. En efecto, si bien la promotora de la litis afirmó que convivió con su hijo fallecido hasta el momento del deceso; lo cierto es que, no es posible establecer una merma en su calidad de vida a razón del deceso de su hijo.

Asimismo, se encuentra probado que a la fecha del deceso, la convocante a juicio percibía ingresos derivados de su fuerza de trabajo y el canon de arriendo que cancela el señor José Martín Triana Bejarano, sin que se hubiese acreditado que los dineros recibidos por dicho concepto resultaran insuficientes para sufragar los gastos del hogar o para la satisfacción de las necesidades básicas requeridas para sobrevivir, razón por la que no es posible derivar la dependencia económica que aquí se reclama; imponiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

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.*

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de la demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

PERMISO CONFERIDO
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

OTRIBUNAL 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 CELMIRA ARIZA FRANCO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio 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,

PROVIDENCIA

Reconócese personería a la Dra. Olga Bibiana Hernández Téllez quien se identifica con la C.C. No 52.532.969 y T. P. No. 228.020 del CSJ como apoderada judicial la AFP Protección, en la forma y para los efectos del poder general conferido; y 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, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 15 de marzo 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 la Administradora Colombiana de Pensiones.

ANTECEDENTES

Celmira Ariza Franco, por medio de apoderado judicial, demandó Colpensiones y Protección S.A., para que se declare la ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación de definida con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Protección S.A., por lo que no medio solución de continuidad en la afiliación. En consecuencia, se ordene al fondo la devolución de todos los saldos tales como bonos, cotizaciones, aportes obligatorios y rendimientos, debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar la afiliación. Además de condenar a Protección S.A. por los perjuicios morales estimados en 200 SMLMV y las costas. De manera subsidiaria solicita declarara la inexistencia del traslado de régimen pensional.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 67 y 68, en los que en síntesis se indica que: nació el 21 de septiembre 1958, por lo que a 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad; permaneció afiliada al ISS desde el 18 de mayo de 1992 y hasta 1995, año en el que se trasladó por medio de la AFP Colmena hoy Protección S.A., la cual no le suministró información técnica y adecuada, pues le indicó que el RAIS resultaba más beneficioso, por lo que su consentimiento estuvo viciado; los asesores del fondo de pensiones no advirtieron los riesgos del traslado, como lo son una mesada pensional inferior, no acceder a la prestación por no reunir el capital necesario, que aquella dependía de la modalidad que escogiera, ni el “sacrificio” financiero que implica la negociación del bono; tampoco se le informo del derecho de retracto. Por el contrario, se le manifestó que la condición pensional sería más ventajosa a causa de una mesada pensional mejor, la

desaparición del RPMPD. La AFP realizó una proyección en la que se determinó que la mesada pensional sería de \$766.949. Solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación al RAIS. La falsa expectativa causó un impacto emocional que le mantiene en un estado de angustia permanente; actualmente labora para una entidad pública.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, se notificó a las demandadas, pero la misma no fue contestada en legal forma, en razón a que no fue subsanada la irregularidad advertida por el juzgado (fl. 2044).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD fl. 218) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, con destino a la AFP colmena hoy Protección S.A., en abril de 1995. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades. A Colpensiones a recibir dichos dineros, a tener como afiliada a la demandante y actualizar su historia laboral. Impuso costas a Protección S.A. en cuantía de 1 SMLMV.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación argumentando que se debió condenar en costas de Colpensiones por haber sido vencido en juicio.

A su vez Colpensiones fundamenta su inconformidad frente a la decisión del a quo por considerar que la demandante no ejerció actos con los que exteriorizara su intención de no permanecer a la AFP, por lo que procedió la ratificación de la afiliación.

De otro lado Protección S.A. apeló la decisión de primer grado frente a la devolución de los gastos de administración, por cuanto debido a su gestión se causaron rendimientos. Agrega que la ley faculta al descuento de los gastos de administración en ambos regímenes. Las cuotas de administración estarían parcialmente prescritas y en todo caso de trasladarse Colpensiones estaría ante un enriquecimiento sin justa causa, por cuanto se beneficiaría de los mismos. Finalmente el seguro previsional se paga cubrir los siniestros a que haya lugar durante la afiliación, si bien no se ocasionó ninguno, no menos cierto que este en caso de su ocurrencia se hubiere usado aquel.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Protección presentó alegaciones en esta instancia, indicando que todas las actuaciones de esa AFP han estado precedidas de buena fe y legalidad y todos sus afiliados lo han hecho de manera libre y voluntaria y sus formularios de afiliación cumplen con los preceptos legales establecidos en el Decreto 692 de 1994; que la demandante tuvo diferentes oportunidades para retornar al RPMPD y no lo hizo, aunado a que no procede la devolución de los gastos de administración, debido a que fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

De igual manera la parte actora presentó alegaciones en esta instancia, en los instó a confirmar la sentencia de primera instancia, por encontrarse acorde con el precedente de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, Colpensiones, argumenta que la actora no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen 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 texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas que afectan y que no fueron apeladas por Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que procedió la ratificación de la afiliación de la actora al RAIS debido a que aquella no exteriorizó nunca su voluntad de retornar al régimen de prima media. Sobre el particular, cabe advertir que Colpensiones no tiene injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. Ya que en primera instancia se declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS efectuada en abril de 1995 la AFP Protección S.A., conforme el documento incorporado a folio 178 del expediente. Por lo que la alzada se restringe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En gracia de discusión, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, carga que se debió efectuar en abril de 1995. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

En cuanto a los reparos esgrimidos por la AFP, se debe 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

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

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 la AFP por concepto de gastos de administración 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 el argumento de la AFP 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.

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 y las sumas destinadas al seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenar 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

de agosto de 2017, respectivamente.

ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Sin más consideraciones se procederá a confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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, 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.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en cuanto al motivo de inconformidad de la parte demandante, considera la Sala viable su revocatoria en cuando no impuso costas en primera instancia, puesto que Colpensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y resultó vencida en juicio, conllevando a la condena del ordinal tercero, y éstas corresponden a la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

“(...)

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

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia apelada para, en su lugar, condenar en costas de la primera instancia a la administradora del régimen de prima media, como a las demandadas recurrentes en esta instancia.

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,

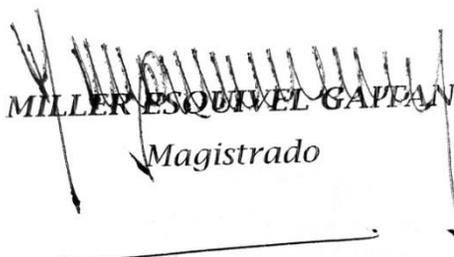
RESUELVE

Primero.- *Modificar el ordinal cuarto de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, condenar en costas de la primera instancia a Colpensiones.*

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

Tercero.- *Costas de esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cada una de ellas*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

PERMISO CONFERIDO
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 JOSÉ ALFONSO GUACANEME ALIPIO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio 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 parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

José Alfonso Guacaneme Alipio, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, la indexación de las condenas; lo que resulte probado ultra y extra petita, y el pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 4 del archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: luego de cotizar a Colpensiones por más de 25 años, al cumplir la edad de 62 años, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual se negó en consideración a que no cumple con la densidad de semanas requeridas; laboró para Hernán Pineda Ocampo, empleador que no realizó los aportes correspondientes y cuya falta de incorporación se requieren para el reconocimiento prestacional; la administradora no ejerció las acciones de cobro; los valores objeto de la demanda no se han cancelado.

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. 29 a 37); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 06 expediente digital), en la que declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido; absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas al accionante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en la incorporación de los tiempos reclamados, ya que era obligación de la entidad buscar al patrono para cobrar los períodos en mora sin que esa carga deba trasladarse al trabajador.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando en los que solicitó la confirmación de la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES

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

PENSIÓN DE VEJEZ

Solicita el actor se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin que en los fundamentos de derecho se indique si quiera bajo que normativa se debe proceder al estudio prestacional.

Ahora, atendiendo a que el demandante llegó a la edad de 62 años (archivo 02. Expediente administrativo) en el año 2019, se procede a verificar si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual estableció que a partir del año 2015 la densidad necesaria para acceder a la pensión de vejez corresponde a 1300 semanas cotizadas.

Sobre el particular, se evidencia de la historia laboral actualizada a 27 de enero de 2020 (fls. 39 a 51), que el señor Guacaneme Alipio tiene un total de 1143,43 semanas efectivamente cotizadas al 31 de diciembre de 2020, motivo por lo que en principio que no es beneficiario de la prestación pensional.

Así, el objeto de la apelación refiere la posibilidad de contabilizar como tiempos de cotización, aquellos que no fueron tenidos en cuenta por Colpensiones o que se computaron erróneamente. En este sentido, observa la Sala que en el reporte de semanas cotizadas, aparecen como periodos en mora los correspondientes a 1987/03 a 1994/12 con Pineda Ocampo Hernán; sin que se reportara novedad de

retiro y 1990/12 a 1991/04 con Lozada Sánchez Fernando. Los referidos periodos en mora suman en total 426 semanas como se corrobora con la historia laboral. Al respecto, es criterio de la Sala que las administradoras de pensiones no pueden omitir tales tiempos para la definición del cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional, pues por disposición expresa del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 1161 de 1994 y 2633 de 1994, dichas entidades están facultadas para realizar el cobro de las mismas en caso de tardanza en el pago por parte de los empleadores, de modo que el derecho del afiliado no puede verse afectado por el incumplimiento de obligaciones que se encuentran en cabeza de terceros; lo anterior con independencia de que los periodos en mora sean o no anteriores a la expedición de la Ley 100 de 1993. Así lo ha expresado en numerosas ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, en decisión como la sentencia del 22 de julio de 2008, radicado No 34270, entre otras.

Al punto, cabe advertir que no son de recibo las consideraciones del juez de primer grado quien señaló que no era posible contabilizar dichas semanas en razón a que no se podía establecer que el demandante prestara sus servicios para la época a Pineda Ocampo Hernán, ya que contaba con tiempos simultáneos con Gómez Alvira y Cia Ltda. y Lozada Sánchez Fernando, aunado a que en el interrogatorio el actor refirió, que con el último de estos empleadores laboró de dos a tres años.

Ante la apreciación inicial, recuérdese que no puede confundir las consecuencias de la mora en el pago de aportes con la falta de afiliación al sistema, pues en la primera, hay contrato de trabajo y afiliación, por lo que la desidia de la administradora en el cobro de aportes conlleva a que se convaliden las semanas a favor del afiliado, mientras que en el segundo caso la omisión y responsabilidad es del empleador al incumplir su deber legal y que con ocasión a ello debe proceder al pago del cálculo actuarial respectivo, evento en el que debe probarse la relación laboral (Sentencia SL 5089 del 2 de diciembre de 2020, Rad. 78487), situación esta última que no es la suscitada en el sub lite.

En lo que concierne a las cotizaciones simultaneas, cabe resaltar que en caso de que se presenten algunas, ello por sí sólo no desvirtúa el vínculo entre empleador y trabajador, pues salvo estipulación en contrario por las partes, quien emplea

su fuerza de trabajo cuenta con la posibilidad de tener coexistencia de contratos, por lo que tampoco resulta razonable la conclusión del fallador.

Siguiendo esta línea, lo que corresponde cuando existen ciclos de cotización doble, como los que se presentan en los períodos 1989/11 a 1990/06 y 1990/12 a 1991/04 con los empleadores Gómez Alvira y Cia Ltda. y Fernando Lozada Sánchez, respecto de los ciclos en mora Hernán Pineda Ocampo, éstas sólo pueden ser tenidas en cuenta para efectos de encontrar el IBL de la prestación pensional, mas no para acreditar el número de semanas de cotización conforme al artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la máxima corporación del trabajo entre otras en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 443902.

Como los ciclos imputados al empleador Fernando Lozada Sánchez, también presentan mora de manera simultánea con los imputados al empleador Pineda Ocampo, para la contabilización de semanas se tendrán en cuenta el mismo período que correspondía a este último patrono.

En consecuencia, se adicionarán 409 semanas no tenidas en cuenta por Colpensiones a las 1143,43 antes referidas, se obtiene un total de 1552,43 semanas cotizadas, de lo que se desprende que el actor acredita los condicionamientos para acceder a la prestación pensional bajo los parámetros de del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

En este orden, para efectos de determinar desde cuando le asiste el derecho al reconocimiento, basta indicar que la misma se debe reconocer desde la fecha de cumplimiento de la edad de los 62 años, no obstante lo anterior, como quiera que acorde con el contenido de la historia laboral visible a folios 39 a 51 se encontró que el demandante se encuentra en estado activo, aunado a que en el interrogatorio absuelto dijo continuar cotizando como dependiente, por lo que al no acreditarse el retiro definitivo del sistema el reconocimiento de la prestación pensional se ordenará una vez el actor acredite la desafiliación del sistema.

De igual manera, frente al monto de la mesada pensional deberá proceder Colpensiones de conformidad con las previsiones en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Frente a la orden de indexación de los dineros adeudados la sala encuentra que en vista que la prestación se ha ordenado cancelar a partir del momento en que se acredite la desafiliación del sistema, no existe mérito para ordenar indexación alguna, como quiera que la pérdida del poder adquisitivo del dinero no se ha visto afectado. Igual decisión se adoptará respecto de los intereses moratorios, y por la misma razón, ya que éstos se causan si la entidad llamada a reconocer la pensión lo hace tardíamente,

Por último, como la prestación se está reconociendo mediante la presente decisión y a partir del retiro del sistema, no se encuentran mesadas pensionales prescritas, ya que ninguna se ha hecho exigible.

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.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, a reconocer a José Alfredo Guacaneme Alipio la pensión de vejez, bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, liquidada en la forma prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.*

Segundo.- *Costas de las instancias a cargo de la demandada. 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~~

EN PERMISO
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 SEBASTIÁN DAVID ECHEVERRY LÓPEZ CONTRA INTERNATIONAL AVIATION SECURITY GROUP IASG LTDA.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio 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 11 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Trece 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

Sebastián David Echeverry López, por medio de apoderado judicial, demandó a International Aviation Security Group IASG Ltda., para que se declare la existencia de un contrato realidad del 3 de noviembre de 2011 al 30 de agosto de 2018. En consecuencia, se condene al pago de las sumas que

relaciona por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social causados durante la vigencia de la relación laboral; indemnización por despido sin justa causa, la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente, indemnización moratoria (art. 65) e intereses moratorios sobre las sumas objeto de condena; lo ultra y extra petita, y por las costas.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 352 a 356 del expediente, en los que en síntesis indicó que: fue contratado por la empresa para realizar exámenes de poligrafía al personal adscrito a aquella en la ciudad de Bogotá, por lo que el resultado se entregaba por medio de un informe escrito. Inició su labor a partir del 3 de noviembre de 2011, el pago por los servicios se realizó quincenalmente y correspondía a la sumatoria de las poligrafías realizadas, ya que cada poligrafía tenía un valor. Luego, el representante legal de la demandada dispuso que los exámenes se realizarían en las instalaciones de la empresa y con los equipos, software e instrumentos de poligrafía de esta. En enero de 2012 la empresa le manifiesta que debe realizar la apertura de una cuenta de nómina en Bancolombia, debido a que allí maneja el pago de los empleados; para dicha época se le hace entrega del carné de la empresa, tarjetas de presentación, la creación del correo electrónico institucional y de manera verbal se le manifestaron también la asignación de nuevas funciones las cuales relacionó en el hecho 7 de la demanda. A causa del aumento de la carga laboral, con el tiempo se le designó “la consecución” de otros poligrafistas, dirigirlos, controlarlos, recibir y gestionar los informes de estos. Adujo que en vigencia del vínculo cumplió de manera personal las funciones asignadas de manera subordinada, en las instalaciones de la empresa y en el horario establecido para los empleados. Que se desplazó por orden del empleador a realizar poligrafías a nivel nacional e internacional, motivo por el cual los gastos los cubrió la empresa, que le exigía la legalización de los viáticos. Para el transporte aéreo al interior del país, Avianca suministraba los tiquetes beneficio previo acreditación de la calidad de trabajador de IASG Ltda. Finalmente, relacionó las sumas que percibió mes a mes en vigencia de la relación laboral.

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. 399 a 408). 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 le pagaban honorarios de manera quincenal, cuyo valor era determinado por la totalidad de poligrafías realizadas ya que por cada una se pagaban honorarios. Se le expidió un carné para facilitar el ingreso al aeropuerto, se creó un correo corporativo para que remitiera los informes acordados en el contrato suscrito por las partes y pidió la apertura de la cuenta en Bancolombia en virtud de un plan premium bancario que tiene la compañía. No hubo cumplimiento de horario pues el demandante tenía autonomía para determinar el horario, por lo que no existió una relación laboral, ni hubo lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales que reclama en este proceso. Como medios de defensa, propuso las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno y la innominada o 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. 525), en la que absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas al demandante por la suma de un SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación, así: Considera que ene le plenario obran pruebas que acreditan la relación laboral, máxime cuando el señor Echeverry López contaba con el

carné de expedido por la empresa, una cuenta de nómina en la misma entidad financiera que los demás empleados de la enjuiciada, además de las funciones impuestas que le asignaron y, por las cuales debía ausentarse y que se corroboran con los viajes nacionales e internacionales en cumplimiento de actividades propias de la empresa, las cuales eran simultaneas a la labor de poligrafía en la ciudad de Bogotá para Avianca. Agregó que no contaba con autonomía para determinar el personal al que realizaría las poligrafías ni el horario para aquellas, ya que estas debían llevarse a cabo dentro del horario en el que el personal administrativo desarrollaba sus funciones. Así mismo, señala que en el interrogatorio el representante legal de la encartada confesó que el demandante prestó sus servicios de manera personal, situación que desconoció la Juez, junto con la cláusula décima del contrato de prestación de servicios que prohíbe su cesión. Por último, se adolece de que no se tuviera en cuenta el concepto 09179 del 26 de marzo de 2015 expedido por la DIAN, respecto de las personas que están obligadas a hacer entrega de legalización de viáticos, que no son otras que los trabajadores de la empresa.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandante allegó escrito referenciado como “recurso de apelación”.

Por su parte el extremo demandado solicitó que no se tomara en consideración el escrito presentado por la activa, y solicitó se confirme la decisión de primer grado.

Se advierte, que el estudio de los reparos a la sentencia de primer grado, se centrará en los argumentos esbozados ante el juez de instancia que confirió el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por 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 folio 24 se allegó certificación mediante la cual se dice que el demandante prestó servicios del 3 de noviembre de 2011 al 19 de noviembre de 2019, certificación con fecha de expedición del 12 de febrero de 2019, correos electrónicos aportados por el actor, que no fueron tachados ni reargüidos de falsos visibles a folios 26 a 124, 132 a 167, 172 a 318 y 326 a 348, de los cuales se extrae a manera de ejemplo la manifestación visible a folio 27: “buenas tarde Sebastián. Adjunto archivo con el personal que deberá ser programado ara poligrafía para el mes de septiembre, si una vez realizada la programación de acuerdo a turnos, disponibilidad y/o novedades requieres realizar cambios al cronograma por favor informar al departamento de calidad para hacer los cambios pertinentes”, manifestación que obra en el mismo sentido a folio 45 y 210 Vto. para los meses de junio y octubre de 2016. Igualmente a folio 149 el demandante expresó: “reciban todos un cordial saludo por parte del departamento de poligrafía. Por medio de presente adjunto programación de pruebas de polígrafo RUTINA para el personal de la alianza. Señor Gustavo le solicito amablemente la colaboración suya y de su equipo de trabajo, para que esta programación sea publicada y de esta forma los funcionarios asistan a esta actividad de la compañía con relación (sic) su prueba rutinaria. Nicole tu ayuda también es importante para que este proceso se cumpla en su 100%, por favor en el adjunto de este correo están los nombres relacionados en cuadro por fechas, hora de ingreso a trabajar, la hora en la que les corresponde la prueba. Por favor comunícate con cada uno de los agentes telefónicamente”, a folio 149 Vto. Indica: “señor Gustavo reciba un cordial saludo por el área de poligrafía, como cada mes adjunto la relación poligrafías del mes de Septiembre. (...) ya quedaría atento al listado del personal que tocaría programar para este mes” luego a folio 223 obra correo electrónico del 28 de diciembre de 2017 dirigido al señor Echeverry López, en el que se anota: “Buenos días Sebastián. De acuerdo a la solicitud de nuestra coordinadora SEMS, solicito de tu amable colaboración para enviarme un cronograma con fechas tentativas (mes) para la realización de poligrafías recurrentes a las bases (...)”.

Documentales que contradicen lo dicho por el demandante en su interrogatorio, en el cual manifestó que la programación de las poligrafías

la hacía de manera conjunta con talento humano sin que contara con la posibilidad de ejecutar cambios, aunado a que se le imponía el personal al cual se le realizarían dichas pruebas, por lo que además debía elaborar un reporte luego de cada prueba.

En este punto cabe resaltar, que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que si se le contrata para realizar pruebas poligráficas, aquellas no serán a un grupo al azar, sino a un grupo de personas determinadas, dejando a libertad del poligrafista la posibilidad de determinar el día y la cantidad de personas a atender, por lo que el hecho de que se le suministrara un listado, no era un ejercicio de la potestad subordinante de la demandada, a más de que resulta lógico que debido a sus conocimientos técnicos expida un documento en el cual se exponga el resultado del polígrafo.

Precisó también el actor en su interrogatorio que conoce a los señores Jesús Edwin, Paola Vargas y Angélica Valencia, debido a que también son poligrafistas y que con ocasión de un incremento de activa en la empresa ellos realizaron los exámenes de polígrafo, prestando los servicios a la empresa. Agregó que en el caso de Paola Vargas ella prestó apoyo a la demandada mientras él se encontraba en Perú realizando las mismas pruebas. En todos los casos indicó que fue IASG Ltda. fue la encargada de pagar los servicios de los poligrafistas, pues los viajes realizados eran impuestos por la empresa que era la que disponía de sus horarios. En cuanto a la remuneración percibida, adujo que se le exigía realizar entre 54 y 58 poligrafías mensuales, pero que su salario variaba mes a mes dependiendo de la operación de la compañía y la cantidad de poligrafías realizadas, por lo que elaboraba una relación de aquellas cada 15 días a efectos de realizar el cobro por esta labor, a lo que adjuntaba la respectiva cuenta de cobro, copia del Rut y el pago de los parafiscales.

Respecto de las ausencias que expuso el demandante con ocasión a los viajes nacionales e internacionales, tanto en el interrogatorio como en el recurso de alzada, de los precitados correos electrónicos allegados con la demanda se observa a fl. 42: "Reciban un cordial saludo. El día de hoy sostuve una conversación

verbal con el señor Andrés Giraldo sobre los viajes que se realizarán esta y la próxima semana a las bases nacionales. El señor Andrés Giraldo me autorizó para que este viaje se maneje como ya está estipulado y en el cronograma de trabajo que realicé. La nueva instrucción por la gerencia de la compañía es que en los viajes posteriores a las bases nacionales se realicen en un solo día” y es suscrito por el actor, luego a folio 44: “Buenas tardes Sebastián. De acuerdo a la solicitud del señor Jorge sería necesario que pudieras quedarte un día más en Perú, quisiera que me pudieras confirmar que tan factible es eso”, más adelante en la misma página, refiere el señor Echeverry López “Buen día Isabel, durante el transcurso del día de hoy 18 y mañana 19 te daré respuesta a tu solicitud. Este tiempo me lo tomo debido a la agenda de trabajo de Bogotá y como es de tu conocimiento debo dejar organizadas mis clases de la universidad”

De lo anterior se denota, que no había una orden que impusiera al actor la realización de los viajes o un itinerario, pues él contaba con la posibilidad de realizar la programación y determinar si podía o no viajar en las fechas solicitadas.

Siguiendo con el análisis probatorio, se tiene que el demandado, manifestó que el actor se encontraba vinculado mediante contrato de prestación de servicios para la realización de poligrafías iniciales y recurrentes, además de ello efectuaba trabajos especiales para Avianca que era cliente de la compañía, que solicitaba algunas pruebas que se programaban según el acomodo del poligrafista, incluso en caso de que no pudiera asistir a la práctica de una prueba procedía el actor a reprogramarla directamente por medio de recursos humanos, pero que siempre cumplió con la labor contratada. Adicional a ello, si no alcanzaba a cumplir la programación por márgenes de tiempo o a causa de viajes, presentaba a los señores Jesús Edwin, Paola Vargas o Milton para que desarrollaran la labor en su ausencia y con ello cubrir el servicio. El pago a estas personas en algunas oportunidades se hacía de manera directa o el demandante presentaba directamente la cuenta de cobro. Aceptó que aquel debía presentar el reporte gráfico y el resultado positivo o negativo de la poligrafía y que su única función fue la de realizar poligrafías y que si bien no era libre de determinar qué personas se presentaba a la prueba en un proceso de selección, si era autónomo para citar y cumplir con la poligrafía recurrente, ya que no contaba con horario, a más de qué él programaba los viajes nacionales e internacionales, máxime cuando en los viajes internacionales

no iba en representación de IASG Ltda. sino que correspondían a una empresa asociada en Perú que era la que cubría los gastos, pues el proyecto IASG era nacional y los viajes se encontraban contemplados en caso de que tuviera que realizar una poligrafía al interior del país. Por último, señaló que no es cierto que el contrato de prestación de servicios finalizara al tiempo que el contrato comercial que tenía la empresa con Avianca, ya que el actor prestó servicios hasta el 30 de noviembre de 2018.

Se recibieron los testimonios de **Mary Luz Roa Pérez**, quien afirmó que conoció al demandante porque trabajó para la empresa de mayo a octubre de 2005 como agente de control, de noviembre a diciembre de 2013 como coordinadora de operaciones y de agosto de 2017 a octubre de 2018 como duty manager, por lo que la poligrafía para su ingreso a la compañía en 2013 la realizó el actor, quien era el único poligrafista y que a él era a quienes los coordinadores solicitaban la práctica de las pruebas de polígrafo al correo corporativo, en el que además le manifestaban el horario de trabajo de las personas que debían acudir al examen de manera recurrente, y que en caso de que el poligrafista no realizara la prueba, la reprogramaba en fecha cercana, pero que aquel no le manifestó nunca que no pudiera ejecutar las pruebas, ya que tenían una matriz que reportar a Avianca. Agrega que sus funciones como coordinadora las desarrollaba en el aeropuerto y en algunas oportunidades acudió a las instalaciones de IASG Ltda. para entrenamiento y procesos disciplinarios, por lo que pudo observar que él realizaba las poligrafías y presenció las indicaciones del área de recursos humanos para llevarlas a cabo, además presumía que él era trabajador de la empresa debido a que portaba carné y participaba de actividades como la fiesta de fin de año. Que no asistió a un lugar diferente a la empresa para las poligrafías y que al actor no se le indicaban que preguntas hacer, solo se le manifestaban las premisas bajo las que debía preguntar, ya fuera hurto, pérdida, robo u otros. Por último señaló que tiene un proceso judicial contra la empresa por su despido. **Gabriela Acosta Figueroa** adujo que es trabajadora de la empresa y ocupa el cargo de asistente contable financiero, en las que entre otras funciones se encarga del pago a proveedores, liquidación, ejecución y dispersión de nómina, por lo que conocía de las actividades del señor Echeverry López, pues a efecto de

realizar el pago debía validar si las poligrafías relacionadas en la cuenta de cobro se habían solicitado, puesto que él era quien las programaba y realizaba en las instalaciones de IASG Ltda., lo que le consta porque el cuarto en el que se realizaban los exámenes se encuentra al lado de sus oficina. Señaló que conoce al señor Jesús Edwin Romero debido a que es poligrafista y amigo del actor, quien lo llevó a la empresa para que lo apoyara en las evaluaciones, labor que en una oportunidad cobró de manera directa el señor Romero o en algunas oportunidades el señor Sebastián David, pero que la por lo general con los otros poligrafistas que lo cubrían era el demandante quien presentaba la cuenta de cobro. Agregó que el horario de la empresa es de 7:30 a.m. a 5:00b p.m. de lunes a viernes, pero que él no tenía el mismo horario, pues algunas veces llegaba a las 8, se iba a las 12:00 p.m. o 2:00 p.m. o no iba. Que en la solicitud de poligrafías no intervenía un área diferente a talento humano y lo dispuesto por el señor Echeverry López. Asegura que el demandante le manifestó que realizaba pruebas de polígrafo para Atlas debido a que él le contaba que se iba o llegaba de hacerlas.

Sea lo primero advertir, que no puede establecerse con certeza que el actor delegara sus funciones, máxime cuando la testigo Gabriela Acosta Figueroa manifestó que durante una única oportunidad una persona distinta al demandante presentó cuenta de cobro por las pruebas de polígrafo, además que tanto ella como la señora Mary Luz Roa Pérez coincidieron en que las pruebas de polígrafo se realizaban en las instalaciones de la empresa.

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del promotor de la litis, ya que conforme lo indicado por el demandado al dar respuesta a la demanda y en el interrogatorio de parte, prestó servicios de poligrafía, 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 en la programación y realización de las pruebas de polígrafo.

Al punto, se tiene que el contar con un carné, tarjetas de presentación o cuenta en la misma entidad financiera en la que los demás trabajadores de la empresa la tienen, no denota por sí misma la subordinación (sentencia SL 2608 del 10 de julio de 2019, Rad. 60484).

Ahora, de los rubros que alega no se ajustan a la resolución 09179 del 26 de marzo de 2015 expedida por la DIAN, basta con indicar que aquí se definió, que no medió contrato de trabajo entre las partes, sin que hubiere lugar al estudio de los conceptos de “transporte del polígrafo”, “casino” y “otros contratista” como viáticos.

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 decisión apelada.

Segundo.- Sin costas en este grado jurisdiccional.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

PERMISO CONFERIDO

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 EVELYN CARRIONI DENYER CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2020, por el Juzgado Doce 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

Evelyn Carrioni Denyer, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones, Protección S.A. y a Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia de los traslados realizados a las AFP, dada la omisión de los fondos de pensiones accionados en su deber de información, por lo que se encuentra afiliada al RPMD.

En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. y Protección S.A. a devolver a Colpensiones los aportes, cotizaciones, bonos, aportes adicionales con todos sus frutos e intereses y a esta última a recibirlos e incorporarlos en la historia laboral. De igual manera, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes de acuerdo a la Ley 71 de 1988 a partir de la última cotización al sistema. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 81 y 82 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 19 de febrero de 1958; inició su vida laboral el 1º de junio de 1982, realizando aportes al ISS; a 1º de abril de 1994 contaba con 613,36 semanas y 36 años de edad; se trasladó a Porvenir S.A. el 1º de noviembre de 1996; luego conoció del cambio de administradora de pensiones de Porvenir S.A. a Protección S.A.; entre tiempos públicos y privados contabiliza 1784 semanas cotizadas; es beneficiaria del régimen de transición; solicitó a Colpensiones el cambio de régimen pensional, pero lo negó, con ocasión a que está a 10 años o menos de adquirir la prestación; misma petición elevó a las AFP, mientras Porvenir S.A. despachó desfavorable el pedido, Protección S.A. no emitió respuesta; desde que se trasladó no se explicaron de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios de pertenecer a uno u otro régimen, las diferencias en las mesadas pensionales, ni que era beneficiaria del régimen de transición para la data de la afiliación a Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna (fls. 103 a 109), oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la innominada o genérica.

A su vez, Protección S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la solicitud elevada por la actora, sobre los restantes dijo no ser ciertos o no constarles. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (fls. 135 a 148).

Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra (fls. 188 a 193). Aceptó la data de nacimiento del demandante, su afiliación a ese fondo, la petición que elevó y la contestación contraria a los intereses de la activa, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones perentorias de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencias de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o 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, en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, con destino a Porvenir S.A. y el posterior a la Protección S.A. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de los saldos de aportes, rendimientos y gastos de administración, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, debiendo liquidar los gastos de administración sobre la base de tarifa legal. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y la condenó al pago de la pensión de vejez por aportes a partir del 1º de septiembre de 2018. Declaró no probadas las excepciones formuladas y condenó en costas a las enjuiciadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación, así: pide se estudie la validez del traslado de conformidad con las normas civiles, esto es, los artículos 1507, 1508 y 1509 del CC. Además considera que no hay lugar a condena por el retroactivo pensional, toda vez, que sólo hasta que la sentencia adquiera ejecutoria, empezarán a causarse las mesadas

pensionales. Respecto de las costas, dijo que no había lugar a las mismas en tanto la administradora actuó de buena fe y en cumplimiento del ordenamiento legal.

Por su parte, Porvenir S.A. afirma que en el presente asunto se declaró el traslado sin tener en cuenta que no se acreditó vicio alguno respecto del formulario de afiliación, ni se valoró que la actora cambió de fondo privado, aunado a que en el interrogatorio confesó que no realizó gestión para conocer las condiciones en las que se pensionaría, ni solicitó dentro del término legal su retorno al RPMPD. Por último, adujo que no se encuentra probada ninguna de las situaciones contenidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que es el único que regula las ineficacias en casos como este.

Protección S.A. centra su inconformidad en el ordinal segundo de la sentencia debido a que el descuento de los gastos de administración se encuentran establecidos en la ley, destinados a financiar las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, por lo que durante la afiliación la administradora cumplió con el deber que le asiste, por lo que la sentencia se extralimita al ordenar su devolución, máxime cuando los debe atenderse al precepto de restituciones mutuas y por ende, ambas partes deben asumir las pérdidas.

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 al momento de sustentar sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Porvenir S.A. hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de régimen pensional de la parte demandante, al no resultar procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM 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 al ser un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 63 años

de edad, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 4); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 25 de septiembre 1996, con efectividad desde el 1° de noviembre del mismo año a la AFP Porvenir S.A. (fl 199), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Valga precisar 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. Sí ésta se duele por tener como única prueba el formulario de afiliación, qué puede predicarse de la accionante si corriera con esa carga procesal, implicaría, ello, que de entrada sus pretensiones serían desfavorables, lo que atentaría con el equilibrio procesal de las partes.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no le fue explicado de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen”, 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 ser negativas, sino por ser indefinidas.

En cuanto a los reparos esbozados por la AFP Porvenir S.A. cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, carga que se debió efectuar el 25 de septiembre de 1996, cuando realizó la solicitud inicial de vinculación y no en el año 1997 cuando la activa cambió de fondo pensional en el régimen privado.

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 distinciones 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 en septiembre de 1996. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común, como lo refirió Colpensiones.

En el interrogatorio absuelto por el representante legal de Porvenir S.A. contó que los asesores de la AFP fueron instruidos para explicar las diferencias de los regímenes pensionales y los requisitos para acceder a la pensión, sin que le pudiera asegurar a los posibles afiliados una mesada pensional ya que eso dependía de hechos futuros y que no existe un documento adicional al formulario de afiliación en el que conste la información suministrada a la activa. A su vez, el representante legal de Protección S.A. dijo que desconocía las relaciones comerciales entre esa AFP y Colsubsidio.

La demandante dijo en su interrogatorio que en noviembre de 1996 luego de un ascenso laboral se dirigió a la sede de la calle 26 de Colsubsidio en donde debía firmar el otro sí de su contrato de trabajo, en ese momento se acercó un funcionario de Porvenir S.A. le manifestó que le ISS se iba a acabar, que se empleador ahora trabajaba con el fondo privado, que le resultaba más favorable ya que se

pensionaría a una edad más temprana y con una mesada pensional superior, incluso le dijo que aprovechara vincularse en ese momento por cuanto el siguiente año la migración a ese fondo sería alta. Cuando se trasladó a Protección S.A. le hicieron las mismas acotaciones que en su momento al afiliarse a Porvenir S.A. en el año 2011 decidió afiliarse a Colpensiones, pero cuando acudió a la entidad se le explicó allí que debió hacerlo antes de que le faltaran los 10 años para cumplir la edad de pensión. Antes de esa fecha trató de retornar al régimen de prima media, pero debía hacerlo por medio del empleador y siempre le decía lo mismo que las administradoras trabajaban con la empresa, que lo hiciera por lealtad y compromiso. Confió en lo que le comunicaron los asesores de las AFP, por eso no acudió antes de 2011 a realizar el traslado ni acudió a verificar su situación pensional. Aseguró que los extractos le llegan cada 3 o 4 meses, pero que no los entiende.

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 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.

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 a folio 197 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, ya que la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la selección del régimen de ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que

allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Ahora, confunde el recurrente la ineficacia del traslado a causa de la omisión de un deber legal, con las sanciones administrativas que se establecen en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, para quienes impiden o contravienen el derecho del trabajador a afiliarse y seleccionar la o las instituciones de seguridad social a las que desea pertenecer y que en el presente asunto no son objeto de estudio.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 197 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 el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte acepta que la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotor es el formulario de afiliación, ya analizado. 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.

En cuanto a las censuras efectuadas por la AFP Protección S.A., se debe 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 la AFP por concepto de gastos de administración 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 el argumento de la AFP 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.

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

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.

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 y las sumas destinadas al seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al ordenar 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.

Sin más consideraciones se procederá a confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

PENSIÓN DE VEJEZ

De otro lado, solicitó la parte demandante el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes bajo las previsiones del artículo 7º de la ley 71 de 1988, reglamentado por el decreto 2709 de 1994; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de las mujeres, el cumplimiento de los 55 años de edad, y 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el ISS y en una o varias entidades de previsión social del sector público. Al respecto, la Sala advierte que, si bien la actora cumplió los 55 años de edad el 19 de febrero de 2013, conforme se establece con su fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 4); lo cierto es que sólo alcanzaría los 20 años de servicios exigidos por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por parte de la AFP Protección S.A. lo que de contera permite la liquidación de la mesada pensional. En tal sentido, una vez se realice el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de

gastos de administración, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional.

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, 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.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso se ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

“(…)

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

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

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,

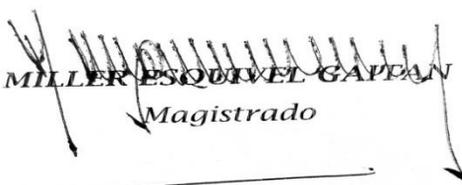
RESUELVE

Primero.- Revocar los ordinales cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, ordenar a Colpensiones que, una vez se haga el traslado de los dineros por parte de la AFP accionada, realice los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional a la actora.

Segundo.- Confirmar en lo demás la decisión de primer grado.

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

PERMISO CONFERIDO
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 LUIS MIGUEL HILARION RICO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) de junio 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,

PROVIDENCIA

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, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 10 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Luis Miguel Hilarion Rico, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y Protección S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación a Santander hoy Protección S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; debiendo esta última entidad mantener su afiliación sin solución de continuidad. De igual manera, se condene a 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 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 2 de enero de 1958; desde el 24 de febrero de 1977 hasta el 31 de julio de 2002 cotizó al ISS; el 13 de enero de 2003 se afilió a Protección S.A. debido a que se le manifestó que podía pensionarse a cualquier edad. El asesor de la AFP omitió información acerca de los requisitos pensionales en ambos regímenes para acceder a la pensión de vejez, la prohibición de traslado cuando le faltaren menos de 10 años de la edad para acceder a la prestación. Solicitó al fondo de pensiones anular la afiliación, la cual se negó, también pidió la elaboración de una simulación de la mesada pensional por lo que se le indicó que al llegar a los 62 años accedería a una pensión de garantía mínima. Instó a Colpensiones a la afiliación sin solución de continuidad, entidad que negó la petición.

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. 64 a 70); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, las reclamaciones presentadas y las respuestas negativas obtenidas; 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 no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la genérica.

Por su parte, Protección S.A. fue notificada y corrido el traslado de rigor, presentó contestación extemporánea, a lo que el Juzgado mediante auto del 17 de noviembre de 2020 (fl. 134), tuvo la demanda por no contestada.

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. 139) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, con destino a la AFP Santander, hoy Protección S.A., el 16 de enero de 2003. Ordenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros, a reactivar la afiliación del demandante y a acreditar todas las semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado de régimen. Se abstuvo de imponer condena en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, así: afirmó que en el presente asunto no se configuran los presupuestos de hecho para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que al actor se le brindó información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes.

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

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Se hace preciso señalar, que en primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación del Protección S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto; razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones en el sub lite; precisando que era Protección S.A, quien tenía la información que debió suministrar al demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS. Adicionalmente Colpensiones al no intervenir en la etapa de traslado régimen pensional no se ve pueda dar fe que se cumplió con la obligación de información

Pues bien, 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 a dicho régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. Lo que implica para Colpensiones que deba mantener la afiliación del actor como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir los dineros

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.

trasladados por Protección S.A. y actualizar la historia laboral de Luis Miguel Hilarion Rico, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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

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 al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, 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 consultada.*

Segundo.- *Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

PERMISO CONFERIDO
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 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIEGO ALEXANDER GUERRERO CASTRILLÓN CONTRA PROFESIONALES ASOCIADOS LTDA.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de junio 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 en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 10 de septiembre de 2020, 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

Diego Alexander Guerrero Castrillón, por medio de apoderado judicial, demandó a Profesionales Asociados Ltda., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 27 de mayo de 2015 hasta el 27 de noviembre de 2016, durante el cual devengó como salario \$3.000. 000.00, más el 2.5 por mil como comisión de éxito. En consecuencia, se condene al pago de las comisiones de éxito de \$2.564.688,10 del proyecto UMV, \$9.350.228,32 por el proyecto Parque Acuático, \$3.806.288,53 por el Proyecto Sena Angostura

y, \$13.379.834,32 y \$1.124.985,11 por el proyecto Parques Magdalena, indemnización moratoria, junto con lo ultra y extra petita, y las costas.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis indicó que: laboró para Profesionales Asociados Ltda. Del 27 de mayo de 2015 al 27 de noviembre de 2016; suscribió un contrato a término fijo inferior a un año con la demandada, para desempeñar el cargo de ingeniero comercial con un salario básico mensual de \$3.000. 000.00, más las comisiones de éxito de 2.5 por mil/ 0.250% de los proyectos adjudicados en licitación. Hizo parte de los proyectos unidad de mantenimiento vial, parques Magdalena, parque acuático Santa Marta, Sena Angostura y U.T. Telecomunicaciones. La encartada pagó por concepto de comisiones el 15 de enero de 2016 \$17.790. 709.00 a través de transferencia electrónica a nombre del padre del actor. Finalmente aduce, que pese a los requerimientos la empresa adeuda por comisiones \$2.564.688,10 del proyecto UMV, \$9.350.228,32 por el proyecto Parque Acuático, \$3.806.288,53 por el Proyecto Sena Angostura y, \$13.379.834,32 y \$1.124.985,11 por el proyecto Parques Magdalena

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 82 a 84). Frente a los hechos aceptó la suscripción de un contrato de a término fijo inferior a un año desde el 27 de mayo de 2015 hasta el 27 de noviembre de 2016, que desempeñó el cargo de ingeniero comercial en el que acompañaba los procesos de contratación con entidades públicas, por lo cual pagó como salario mensual \$2.3.000.000.00 sin que se pactaran conceptos adicionales; y que si bien la empresa recibió cuentas de cobro aquellas fueron objeto de rechazo por cuanto no existía contrato u orden de servicio que las soportara, frente a los demás hechos indico no ser ciertos y no propuso excepciones de fondo.

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. 142), en la que declaró que existió un contrato de trabajo entre las partes del 27 de mayo de 2015 al 27 de noviembre de 2016 y absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas al demandante.

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

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es motivo de controversia y se encuentra debidamente demostrado con la documental aportada al instructivo, que entre las partes existió un vínculo laboral, vigente del 27 de mayo de 2015 y el 27 de noviembre de 2016, en virtud del cual el promotor desempeñó el cargo Ingeniero Comercial; según se colige del contrato de trabajo (fls.13 a 15 y 94 a 96), de la certificación expedida por el accionado (fls. 19 y 93), la carta de terminación del contrato de trabajo (fls 20 y 125) de la liquidación final de salarios y prestaciones (fls 56 y 124), así como lo aceptado por la encartada en su contestación.

SALARIO - COMISIONES

Afirma el actor en la demanda que, en vigencia de la relación laboral, además del salario básico pactado, recibió comisiones de éxito, sin que a la terminación de la relación laboral se cancelaran las correspondientes a los proyectos Unidad de Mantenimiento Vial, Parques Magdalena, Parque Acuático Santa Marta y Sena Angostura.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, sea lo primero señalar que el artículo 14 de la ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 127 del CST, enseña que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del

servicio, sea cualquiera la denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Una vez precisado lo anterior, cumple destacar que en el sub judice se encuentra demostrado que al momento de iniciar la vinculación laboral que unió a las partes, se pactó un salario mensual de \$2.300.000.00 y aunque en el párrafo de la cláusula segunda del contrato de trabajo se realiza una exclusión salarial, lo cierto es, que, en dicho documento, no figura pacto de un emolumento adicional a la remuneración que inicialmente se acordó (fls.13 a 15 y 94 a 96), situación que tampoco consta en los otrosíes del contrato de trabajo (fls. 16 y 17).

Aunado a lo anterior, de la prueba testimonial recaudada no es posible establecer el acuerdo por las partes de la “comisión éxito 02.5 por mil/ 0.250%”. Nótese que el señor Juan De Dios Guerrero Pabón manifestó ser padre del demandante, por lo que en sus palabras “presté mi RUT para que cobrara sus omisiones”, sin se pueda establecer que le consta el pacto de aquellas.

Por su parte, la señora Diana Constanza Bermúdez Gordillo, directora de talento humano de la encartada, manifestó que no hubo acuerdo de comisiones entre la empresa y el trabajador, que la certificación visible a folio 18 no fue suscrita por ella, pese a que para la fecha de su expedición era la única persona que trabajaba en el área de talento humano, y que las únicas certificaciones que emitió son las que obran a folios 19 y 20 del expediente, en las que efectivamente obra su firma.

Respecto de la certificación de folio 18 en la que se indica que el señor GUERRERO CASTRILLÓN percibió “un salario básico mensual de (\$3.000.000.00), TRES MILLONES DE PESOS MCTE, más comisión de éxito del 2,5 por mil equivalente a (\$2.000.000.00) DOS MILLONES DE PESOS MCTE, mensual”, cabe advertir que tal como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las certificaciones laborales expedidas por el empleador se reputan inicialmente como ciertas, a menos que este las desvirtúe (sentencia SL 6621 de 3 de mayo de 2017, Rad. 49346, reiterada en la SL 2600 del 27 de junio de 2018, Rad. 69175), facto que

en el caso de marras aconteció, pues no sólo a quien se atribuye la expedición de la certificación laboral negó su elaboración, sino que además el demandante en el interrogatorio rendido señaló que aquella se expidió con motivo de un favor personal a efectos de acceder a un crédito de vivienda, por lo cual no se le puede otorgar validez probatoria para demostrar la existencia de las comisiones reclamadas.

Por último, en cuanto a las cuentas de cobro aportadas (fls. 46 a 51), se tiene que estas las elaboró el extrabajador al igual que el documento denominado "BASE DE COMISIONES DE ÉXITO COMERCIAL DIEGO GUERRERO" (fl.52), por lo que no es factible derivar un derecho de los documentos emanados por el propio interesado (sentencia 42480 de 20 de febrero de 2013 y SL 4350 de 15 de abril de 2015, Rad. 44301)

Así las cosas, considera la sala que el extremo accionante incumplió la carga procesal que impone el artículo 167 del CGP, por lo que se confirmará la sentencia consultada.

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 consultada.

Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese en forma legal y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GARCIA
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

PERMISO CONFERIDO
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA