

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LIGIA STELLA ARTUNDUAGA PASTRANA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 399 2018 00624 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la abogada LILIAN PATRICIA GARCIA GONZÁLEZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder otorgado en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A. (folio 305). En el mismo sentido, se reconoce personería a CARLOS ANDRES JIMENEZ LABRADOR como apoderado judicial de la demandada PROTECCIÓN S.A., conforme la Escritura Pública No. 1208 de 15 de noviembre de 2018 (folios 316 y 317).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte actora (folios 318 y 319) y las demandadas OLD MUTUAL (folios 288 a 295), COLPENSIONES (300 a 304) y PROTECCIÓN S.A. (folios 309 a 315), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas OLD MUTUAL, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2020 (Cd a folio 279, récord: 58:39, acta a folios 280 a 283), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora LIGIA STELLA ARTUNDUAGA PASTRANA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la entonces COLMENA hoy PROTECCION efectiva a partir del 1 de octubre de 1994 es ineficaz, y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se da a entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, por ende también es ineficaz la afiliación que se hizo entre COLMENA y OLD MUTUAL el día el 1º de noviembre de 2006.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable realizar descuento alguno por el dinero que haya pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez o de sobrevivientes, con destino al régimen de prima media.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION a que remita a COLPENSIONES, administradora del régimen de prima media las comisiones que recibió por haber administrado el dinero o la cuenta de la demandante dentro de las siguientes fechas, es decir del 1 de octubre de 1994 hasta el 31 de octubre de 2006.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba el dinero de que tratan los dos numerales anteriores y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS tanto a OLD MUTUAL como a PRTECCION incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.790.000, costas que deberán pagarse por partes iguales.

SEPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar adversa a COLPENSIONES.

OCTAVO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que realice las acciones pertinentes para obtener el resarcimiento de los perjuicios que se puedan causar con la declaratoria de ineficacia.

Inconforme con la decisión, los apoderados de OLD MUTUAL, PROTECCIÓN y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación. Inicialmente la representante judicial de Protección presenta inconformidad únicamente respecto a la condena a la devolución de los gastos de administración, advirtiendo, se tratan de comisiones ya pagadas y causadas durante la gestión del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante, considerando, de asumirlos, COLPENSIONES debe devolver los rendimientos generados mientras estuvo afiliada la demandante a esa AFP en tanto esos dineros son producto de la gestión y administración de las cotizaciones.

Además, estima, como consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior y, en esa medida, solo habría lugar a trasladar los aportes acreditados sin los rendimientos que son generados por su afiliación en el régimen de ahorro individual¹ (Cd a folio 279, récord: 1:00:49, acta a folios 280 a 283).

A su turno OLD MUTUAL, solicita la revocatoria de la sentencia en lo que corresponde a los numerales 2 y 6, esto es, a la devolución de gastos de administración y a la imposibilidad de realizar descuento alguno por el pago de seguros de invalidez o sobrevivientes, debido a que tales porcentajes tienen su razón de ser en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Señala, los gastos de administración encuentran fundamento en los movimientos realizados en la cuenta de ahorro individual, los cuales generaron rendimientos financieros que no se hubieran obtenido en el régimen de prima media, advirtiendo, tales rendimientos acrecentaron el capital de la cuenta. Descontarlos,

¹ “Estando en la oportunidad procesal pertinente interpongo recurso de apelación contra la presente sentencia en cuanto a la condena de devolución de comisiones de administración de PROTECCION dentro del presente proceso de la siguiente manera.

Se debe tener en cuenta que la devolución de dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una exposición real valida, exigible, aplicable y vigente, no por capricho de mi representada, y se trata de trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante. En el hipotético caso que se asuma que PROTECCION no realizo si gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES, debe proceder entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada a mi representada y que fueron enviados a OLD MUTUAL cuando la demandante realizo el traslado a dicha AFP, pues esos se generaron producto de la gestión y la buena administración, en ese sentido solo habría lugar a que se trasladen los aportes pero sin los rendimientos generados.

Además, en caso de declararse la nulidad e ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deberá trasladar solo los aportes acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin los rendimientos generados, ya que estos son exclusivamente generados por el régimen de ahorro individual con solidaridad por mandato de la ley, de haber estado todo el tiempo afiliada al régimen de prima media, no se hubieran ostentado estos rendimientos. Gracias.”

dice, desconoce el trabajo realizado por esa administradora desde el 2016, genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES quien también descuenta gastos de administración a los que no tendría derecho por cuanto realmente no administró el dinero, y constituye un perjuicio al patrimonio de esa sociedad.

Finalmente, frente a las agencias en derecho, considera no haber lugar a ellas a su cargo pues actuó de buena fe² (Cd a folio 279, récord: 1:02:23, acta a folios 280 a 283).

Por su parte COLPENSIONES, pide se revoque íntegramente la sentencia y se revise particularmente la descapitalización del sistema, señalando, estos procesos se encuentran “*huérfanos de prueba*” y no tiene forma de acreditar la asesoría en una afiliación en la que no estuvo presente, máxime en casos como el de autos en el que la actora proviene de una caja de previsión social distinta al ISS.

² “Estando dentro de la etapa procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación para el que honorable Tribunal Superior sala laboral de Bogotá revoque las condenas impuesta a mi representada en cuanto al numeral 2 y el numeral 6. El numeral 2 hace referencia a la devolución de los gastos de administración sí que haya descuento alguno por el pago de seguro de invalidez y de sobrevivientes en atención a que dichos porcentajes o descontado por OLD MUTUAL S.A tiene su razón de ser en la obligación de la ley 100 de 1993 en su artículo 20, teniendo en cuenta que así se estableció para el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Dichos gastos de administración tienen su sustento teniendo en cuenta que los aportes habidos dentro de la cuenta individual de la señora demandante se les realizaron una serie de movimientos los cuales generaron una serie de rendimientos financieros, sin que ello se hubiera obtenido en el régimen de prima media, gracias a esos rendimientos se ha incrementado el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Así mismo, se le estaría desconociendo el trabajo que durante años ha venido desarrollando OLD MUTUAL desde el año 2006 a favor de la demandante causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que en COLPENSIONES también se descuentan los gastos de administración y lo primero que hace COLPENSIONES cuando llega el dinero o los traslados de los aportes es descontar unos gastos de administración, los cuales tampoco tiene derecho de descontar en razón a que jamás ha venido administrando unos recursos teniendo en cuenta que viene de un traslado entre administradoras.

Ahora bien, también se está perjudicando el patrimonio de la entidad que estoy representando en atención a que no solamente se le está obligando a devolver los rendimientos, sino que también se le está desconociendo el trabajo que hizo y se está desconociendo las restituciones mutuas del buen trabajo que ha venido desarrollando OLD MUTUAL como fondo de pensiones y cesantías a favor de la demandante.

Así mismo, en cuento a las agencias en derecho solicito también a los honorables magistrados revocar las condenas teniendo en cuenta que OLD MUTUAL es una entidad de buena fe, teniendo en cuenta que fue voluntad de la señora demandante trasladarse entre administradoras y también por virtud de la ley 100 de 1993 que obliga a los fondos de pensiones, tanto privados como públicos, que si hay una solicitud en debida forma, un formulario de afiliación a aceptarlo, en este caso la señora demandante elevó una solicitud ante OLD MUTUAL y en mandato de la ley 100 fue aceptado.

En ese sentido dejo mi recurso de apelación y solicito respetosamente a su señoría lo conceda. Muchas gracias.”

En sustento de lo anterior, parte de la proyección pensional adosada al expediente y la expectativa de vida certificada por el DANE, para ilustrar la cifra que requiere Colpensiones para financiar la pensión de vejez de la demandante y lo insuficiente que resulta ser el capital que se trasladará a esa entidad como consecuencia de la ineficacia, refiriendo igualmente a lo sentado por la Corte en las sentencias SU062 de 2010 y SU427 de 2016, cuyos apartes citó.

De otro lado, indica, aunque la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial respecto al deber de información y la ineficacia del traslado, las normas en que se sustentan las mismas son de ordenamientos jurídicos distintos que se *“juntan para resquebrajar la normatividad actual referente al artículo 2 de la Ley 797”*, dando una interpretación retroactiva a una situación que vino a regularse en el 2014. Además, recalca, no pueden olvidarse los deberes de los consumidores financieros frente al Sistema de Pensiones, en los que el silencio se toma como una *“decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias”*³. (Cd a folio 279, récord: 1:05:07, acta a folios 280 a 283).

³ *“Estando en la oportunidad pertinente para ello, me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, el cual me permito sustentar y pedir que se revoquen todos los numerales de la sentencia que apelo, teniendo en cuenta que si bien el tribunal suele revisar estos recursos en el grado jurisdiccional de consulta a favor de mi representada, ruego que en apelación revise el tema de la descapitalización de mi representada, para ello, tal como lo manifesté en mis alegatos, en estos procesos que están huérfanos de prueba y mi representada no encuentra prueba para demostrar una asesoría en una afiliación en la que no estuvo presente, máxime en este caso que se viene de una caja de previsión social diferente a la del Instituto de Seguros Sociales.*

Tenemos que en el expediente si obra una prueba con la cual puedo manifestar o sustentar mi recurso el cual es un cálculo que presenta la parte demandante por parte de VIDAL QUINJACA en el cual se manifiestan los valores y las posibles mesadas, la proyección dentro de los dos regímenes y las posibles fechas para su pensión. Para mi recurso tomaré para demostrar la grave descapitalización que está sufriendo la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que manifiesta que para los 57 años tendrá una mesada pensional en el régimen de prima media de \$3,966.732 que por trece mesadas al año nos da \$51,567.516, si lo multiplicamos por la expectativa de vida que actualmente da el DANE que es 80 años mujeres, estos 51 millones a 23 años da un total de \$1,186.052.868 que sería lo que se necesita sin aplicar incrementos, IPC e indexaciones a este valor y, conforme al mismo dictamen, se trasladará un valor de \$393.392.281 lo que genera un desfase de \$792.659.587 los cuales tendrán que ser subsidiados, no solamente por los aportes de los afiliados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES sino del presupuesto general de la nación que año a año tiene que hacer una apropiación más alta para el pago de las pensiones.

Igualmente, sustento esto en la sentencia SU-062 de 2010 en la que la honorable Corte Constitucional manifestó la importancia de que las personas no se trasladaran ad portas de estar con sus requisitos de pensión en la cual me permito citar “el objeto perseguido con el señalamiento del periodo de carencia el cual consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo, no han sido tenidas en la consideración en la realización de un cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico pudiesen trasladarse de régimen cuando estuvieren cercanos al cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.”

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora LIGIA STELLA ARTUNDUAGA PASTRANA, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 3 y 4) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 a 8, aspirando de manera principal se declare la nulidad, y en subsidio la ineficacia, de la afiliación en pensión realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la vinculación efectuada a la AFP PROTECCIÓN S.A. en septiembre de 1994, por el incumplimiento de los deberes legales de información que generaron un error de hecho que vició su consentimiento. En consecuencia, se determine que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado al RAIS carecen de validez jurídica, encontrándose válidamente afiliada al Régimen de Prima Media Con Prestación

Mas adelante... “Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que una vez cumplidos los requisitos de edad y numero de semanas logren obtener una pensión independiente de las sumas efectivamente cotizadas, permite que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, lo que resulta contrario no solamente al concepto de equidad sino también al principio de eficiencia pensional cuyo propósito consiste en obtener mejor utilización de los recurso administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento”.

Igualmente, la sentencia SU-427 del 2016 manifestó “el juez constitucional no puede ser ajeno al hecho que una afectación de los ingresos del sistema de seguridad social no solo perjudica la estabilidad financiera del sistema sino también los derechos prestacionales de sus afiliados” esto para cerrar mi punto de descapitalización.

Igualmente, si bien la honorable Corte Suprema de Justicia y como lo manifestó en el fallo de instancia la honorable juez ha consolidado un precedente fuerte, en el mismo la corte suprema sólo utiliza en esos artículos 271 de la ley 100 de 1993, el artículo 1604 del código civil y el artículo 97 del decreto 663 de 1993 para llegar a la conclusión que cuando no exista la debida información, la consecuencia es la ineficacia, sin embargo, estas tres normas son de ordenamientos diferentes los cuales los juntan para resquebrajar la normatividad actual referente al artículo segundo de la ley 797 por lo cual, este artículo 97 del estatuto orgánico financiero del año 93 no estipulaba la forma en la cual se debía, la cual vino a ser regulada hasta el año 2014, sin embargo, se le está dando un efecto retroactivo a esa interpretación del decreto 663 del 1993.

También se deben tener en cuenta las estimulaciones del decreto 2241 de 2010 que establecen los deberes de los consumidores financieros del sistema general de pensiones, dentro de los cuales encontramos 1) informarse de las condiciones del sistema general de pensiones 3) emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar la decisión de afiliarse 4) leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación así como diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro documento 5) el silencio o la no toma de decisión de los consumidores financieros da aplicación de reglas supletivas establecidas en ella con impacto en su cuanta de ahorro pensional, se entenderá dicho silencio como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias. Por lo cual, teniendo en cuenta esta normatividad, esta jurisprudencia y el análisis cuantitativo que hice, ruego a los honorables magistrados tengan en cuenta esto para que se revoque la sentencia de instancia. En este sentido dejo sustentado mi recurso para que sea concedido.”

Definida administrado por Colpensiones y se condene a OLD MUTUAL S.A. como administradora de pensiones actual, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos a que hubiere lugar, disponiendo que esta última active su afiliación al RPM. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS de la demandante, tras considerar que PROTECCIÓN (antes COLMENA) no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP OLD MUTUAL a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los gastos de administración. Además, dispuso a PROTECCIÓN, devolver lo cobrado igualmente por gastos de administración por el lapso en que la demandante estuvo afiliada a esa sociedad.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, a folio 34 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 3 de diciembre de 1961, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y OLD MUTUAL el 24 de abril de 2018 (folios 50 a 53 y 54-55) y a PROTECCIÓN el 25 siguiente (folios 56 y 57), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-, y de

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 165,57 semanas de cotización (cotizadas a CAJANAL, folios 36 y 201) equivalentes a 3,21 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de empleada pública de la demandante (folios 36-37 y 38 a 46), es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 9 de septiembre de 1994 (folios 68, 162, 201, 242 y 249) específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN), el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la liquidación de bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las

⁵ Era empleada pública del orden nacional, laboraba para la DIAN (folios 36 y 37).

modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).
“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues únicamente refirió, el asesor, en una reunión grupal les dijo que CAJANAL y el ISS serían liquidadas, por lo que las pensiones serían administradas por los fondos, quienes garantizarían una mejor pensión en cuanto al valor y el tiempo, pues podrían acceder a la prestación de manera anticipada, pero nada se dijo respecto al bono pensional, a los rendimientos u otros aspectos propios del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 68 y 242), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

⁷ Cd fl. 279, récord. 13:13, acta folio 280 a 283.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (9 de septiembre de 1994, folio 68 y 242), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados, los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (folios 62, 162 y 249), situación que por demás no es, ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 36, basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la actora afiliada a dicha Caja de Previsión Social, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, incluso con posterioridad, en el Decreto 2196 de 2009 mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su artículo 4⁹ que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta

⁸ “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...)”.

⁹ “ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3¹⁰ de la misma disposición normativa, al liquidarse Cajanal, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Por otro lado, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada, conviene precisar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se

¹⁰ “(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)”.

dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y las aportes dirigidos a sobrevivientes e invalidez, como quedó dicho en la sentencia de primer grado.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el *a quo*, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹¹ (fl. 182), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de OLD MUTUAL, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 19 de septiembre de 2019 (fol. 268 y 269).

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NORMA CONSTANZA CHAPARRO SERPA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 39 2018 00580 01).

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte actora mediante correo electrónico del 17 de julio de 2020, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de junio de 2020 (audiencia virtual, récord: 01:51:42, acta audiencia concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T, expediente digital), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la señora NORMA CONSTANZA CHAPARRO SERPA con efectividad a partir del primero de septiembre de 1999, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que deberá entenderse que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que se predica también de la segunda afiliación, esto es la afiliación que hizo con PROTECCIÓN a partir del primero de mayo de 2001, teniendo en cuenta las motivaciones expuestas en esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A** a que transfiera todas las sumas de dinero en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con los valores*

correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable realizar descuento alguno por el dinero que haya cancelado por concepto de pensión de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera a COLPENSIONES el dinero que haya recibido de comisiones por administración durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, esto es, desde el 1 de septiembre de 1999 al 30 de abril de 2001.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba el dinero de que trata los numerales segundo y tercero de esta sentencia y reactive la afiliación de la actora al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN dentro de las cuales se deberán incluir como agencias en derecho la suma de \$1.790.000.

SEPTIMO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que inicie las acciones judiciales si a bien lo tiene, en aras de obtener los perjuicios que pueda acarrear esta decisión.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar adversa a COLPENSIONES”

Inconforme con la decisión, los representantes judiciales de COLPENSIONES y PROTECCIÓN interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, PROTECCIÓN, solicita se revoque la sentencia en lo atinente a la devolución de los gastos de administración y seguro pagado a la aseguradora en vigencia del vínculo contractual y comercial con la accionante, por cuanto estos conceptos no fueron cobrados de manera libre y arbitraria, sino que eran dispuestos por la normatividad que regula la actividad de las administradoras de fondos de pensiones.

En ese sentido, señala, de una parte, la accionante ha estado asegurada para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y de otra, frente a los gastos de administración, no se puede desconocer que la actora tiene acreditada en su cuenta de ahorro individual unos rendimientos financieros “*sustancialmente importantes*” que capitalizaron la misma los cuales no hubiera obtenido sin el acompañamiento y asesoramiento financiero de PROTECCIÓN.

Considerando lo expuesto, dice, no puede ordenarse la devolución de los rendimientos, o de disponerse ello, no puede impedirse descontar los gastos de administración ya cobrados¹ (audiencia virtual, récord: 01:57:04, acta audiencia concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T, expediente digital).

A su turno COLPENSIONES, pide la revocatoria integral de la sentencia y, en su lugar, se absuelva de las pretensiones incoadas por la parte actora, por cuanto, en su sentir, la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional el 15 de julio de 1999 conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y no se acreditó que se hubiera ejercido algún tipo de presión o coacción que viciara su consentimiento en los términos del 1508 y s.s. del Código Civil.

Por otro lado, sostiene, han transcurrido más de 10 años desde la afiliación de la demandante al RAIS, por lo que feneció el plazo para solicitar la rescisión del contrato previsto en los artículos 1750 del C.C., además operó el fenómeno prescriptivo de acuerdo a los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T., máxime cuando no se ha perdido su derecho pensional, el cual está asegurado, asevera, con la afiliación válida de la actora en PROTECCIÓN.

¹ *“Estando dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión emanada de sus despacho solicitándole respetuosamente a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala labora, se permitan revocar de manera parcial las consideraciones de la juzgadora de primera instancia en lo que respecta puntualmente a la imposición a mi representada a hacer la devolución del dinero por concepto de gastos de administración y del seguro pagado a la aseguradora durante la vigencia del vínculo contractual y comercial de la accionante con mi representada.*

Esto fundamentado básicamente en las disposiciones legales y normativas que ha establecido la ley 100 de 1993 y las demás disposiciones que regulan la actividad de mi representada en lo que respecta a los gastos de administración dado que estos conceptos no fueron cobrados por PROTECCION de manera libre y arbitraria, sino que de esta manera lo dispuso la normatividad en la ejecución de la actividad de PROTECCIÓN como un fondo previsional y financiero.

Cuenta de estos gastos de administración y de estos seguros, no solamente la accionante estuvo asegurada en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, aun hoy por hoy se encuentra cobijada por estas coberturas sino que adicional a esto por cuenta del pago de los gastos de administración que el efectuó a mi representada, la accionante tiene acreditados dentro de sus cuenta de ahorro individual unos rendimientos financieros sustancialmente importantes en lo que respecta a la capitalización de su cuenta de ahorro individual.

En ese entendido no hay forma alguna que la accionante hubiese tenido la acreditación de estos rendimientos si no hubiera sido por cuenta y obra del acompañamiento y el asesoramiento financiero que desempeñó PROTECCIÓN, situación que dio cuenta de ese cobro de esos gastos de administración. En ese entendido solicito a los honorables magistrados del tribunal sala laboral que consideren que de efectuarse la devolución de estos gastos de administración, se absuelva a PROTECCIÓN de hacer la devolución de los rendimientos financieros por cuenta de esta actividad, o en su defecto, de hacer el pago de rendimientos financieros, se absuelva a mi representada de reconocer estos gastos de administración ya cobrados.

De igual forma y como se ha manifestado previamente, lo que corresponde a los pagos hechos a la administradora, es dinero que en su momento ya fue reconocido y que dieron la seguridad a la demandante de estar cobijada frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues que se absuelva a mi representada de igual forma de tener que reconocer estos conceptos, este dinero a favor de la accionante.

En estos argumentos dejos sustentado mi recurso de apelación. Gracias”

Refiere también, la convocante pudo hacer uso de sus derechos como consumidora financiera y acercarse a COLPENSIONES a solicitar información de su derecho pensional antes del cumplimiento de los 47 años² (audiencia virtual, récord: 01:57:04, acta audiencia concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T, expediente digital),

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante NORMA CONSTANZA CHAPARRO SERPA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 6 a 7, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 7 a 10, aspirando se declare la nulidad de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a la AFP COLFONDOS S.A. el 15 de julio de 1999 por cuanto existió error de hecho que vició su consentimiento y por consiguiente al fondo PROTECCIÓN S.A. Así mismo, se declare que nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS y por tanto

² *“Siendo la oportunidad pertinente, presento frente al despacho contra la decisión tomada por el mismo recurso de apelación con el fin que sea conocido por el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral rogándole a los honorables magistrados revocar en su totalidad la decisión emitida el día de hoy y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas, teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional el 15 de julio de 1999 conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993 sin que se haya evidenciado a lo largo del proceso que se haya ejercido alguna presión, coacción o haya existido un tipo de vicio del consentimiento conforme lo disponen los artículos 1508 y siguientes del código civil.*

Aunado a esto tenemos que han transcurrido desde el momento de su afiliación primigenia más de diez años y por tanto se encontraría fenecido el plazo para solicitar la rescisión del contrato, el cual está establecido en el artículo 1750 del código civil y tiene un término de cuatro años. Así mismo, la legislación laboral del código sustantivo del trabajo y el código procesal del trabajo en sus artículos 488 y 151 da un término de tres años dentro de los cuales debió haberse presentado dicha acción de nulidad, la cual estaría llamada a denegarse en esta oportunidad ya que no se pretende que la demandante pierda su derecho a la seguridad social establecido en el artículo 58 de la constitución política de Colombia, ya que tal derecho se encuentra protegido con su afiliación que fue válida a la AFP PROTECCIÓN.

Aunado a esto tenemos que la demandante también pudo haber hecho uso de sus derechos como consumidor financiero y como tal tenía la posibilidad de acercarse a cualquiera de las sedes o sucursales tanto de las AFP como de COLPENSIONES a solicitar información sobre su derecho pensional previo al cumplimiento de los 47 años sin que la demandante haya hecho siquiera alguna solicitud o requerimiento para pretender información sobre la proyección de su pensión y solo hasta cumplir dicha edad presenta incluso ante COLPENSIONES la solicitud de retorno, cuando incluso ya ha cumplido la edad para su solicitar derecho pensión, por tanto, como quiera que se encuentra ratificada la decisión de la demandante de mantenerse en el régimen de ahorro individual conforme lo establece el artículo 1754 del código civil, se encontraría válidamente afiliada al régimen de ahorro individual.

Por tanto ruego a los honorables magistrados absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, sin embargo, y en caso de resultar desfavorable la decisión tomada por el mismo, se ordene a la FP normalizar la afiliación en el sistema SIAFP así como la devolución de los aporte a COLPENSIONES, la respectiva entrega del archivo y el detalle de los aportes realizados durante su permanencia en el régimen de ahorro individual. Gracias.”

se encuentra legalmente afiliada a COLPENSIONES. En consecuencia, se condene a COLFONDOS a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida información suministrada al momento de la afiliación que causó un vicio en su consentimiento, se disponga a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y todo lo recibido con ocasión a su vinculación y se ordene a esta última registrar y activar su afiliación en el RPM, así como actualizar su historia laboral teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas en el RAIS. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando a PROTECCIÓN, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida sin lugar a efectuar descuentos por comisiones o seguros de invalidez y sobrevivencia, disponiendo a su vez a COLPENSIONES activar su afiliación al RPM, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, a folios 38 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 1 de octubre de 1966, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 19 de junio de 2018 (folios 53 a 54 y 55 a 56) y a PROTECCIÓN el 18 anterior (folios 50 a 51), es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 51 años-, y de otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 194,29 semanas de cotización (folios 221 y 222, historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda) equivalentes a 3.77 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de julio de 1999 (folio 160, 167, 223, 221 y 222) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS, el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la historia laboral para bono pensional expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida

para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de

noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019,

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...).

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de

SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo recuerda que le indicaron que el ISS se iba a acabar por lo que era posible que no adquiriera una pensión y que el futuro de las pensiones estaba en el fondo privado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 160), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, este no constituye de ningún modo medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (15 de julio de 1999, folio 160 y 167) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

⁵ Audiencia virtual del 18 de junio de 2020, récord. 17:07

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folios 47, 49, 167 y 219) no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa a folio 47 y 167, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualmente administrada por PROTECCIÓN (folio 49), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, para responder a los reparos formulados por PROTECCIÓN, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la

afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y las aportes dirigidos a sobrevivientes e invalidez.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 176), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado, para disponer a las administradoras la devolución de los gastos de administración descontados durante el periodo que duró la afiliación con la demandante, además, con el fin de disponer que COLFONDOS se abstenga de descontar de los valores a retornar a COLPENSIONES, lo pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez o de sobrevivientes.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 27 de febrero de 2020.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA PATRICIA
TALERO PULIDO CONTRA BEL-STAR S.A. (RAD. 37 2019 00078 01)**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (fls. 130, 131 y 133 a 135), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 20 de noviembre de 2019 (Cd. fl. 124, record: 27:09 y acta a folio 125), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la empresa BEL STAR S.A., de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la Señora ANA TALERO PULIDO, en virtud de los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.*

***SEGUNDO: IMPONGO COSTAS** en el presente proceso a cargo de la parte demandante, fijo como agencias en derecho la suma de \$100.000.”*

Inconforme con la decisión la apoderada del extremo accionante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en todas sus partes la decisión proferida por el despacho de primer grado y se concedan las pretensiones solicitadas, manifestando que los testigos de la parte demandada han tenido una fuerza notoria por su grado de instrucción como científicos capaces de manipular y de organizar una prueba de una manera tal que logran llegar a confundir,

asegurando ello no ocurrió con las testigos de la demandante señoras Luz Dary y la Ana Lucia, quienes siempre indicaron la prestación del servicio, el horario, y el salario, así mismo indica que los testigos Edwin Chávez y Diana, si reconocieron un horario e indicaron que ellos eran los que dirigían la prueba y que eran los que daban las instrucciones.

Por otro lado, señala que la carta de compromiso suscrita por la demandada no es como el despacho tuvo a bien revisar, sino que por el contrario era una carta de confidencialidad, también aduce se logró demostrar que a la actora se le realizó un proceso de selección y una capacitación, situación que en su sentir hacen todos los empleadores para un contrato de trabajo y no para un contrato de prestación de servicios ni para un contrato civil, reiterando el horario era de 8 a 2 de la tarde, la dotación era obligatoria y no voluntaria, el pago del salario era mensual, y eso no fue desvirtuado correspondiendo éste al pago de la prestación de sus servicios como juez sensorial.

Asegurando no ser cierto que la prestación no fue continua, pues la demandante en su interrogatorio fue reiterativa en indicar que si fue continua, además el pago fue mensual y con eso se logra demostrar que si era continuo¹ (Cd. fl. 124, record: 27:44)

¹ “Con todo respeto me permito interponer el recurso de apelación, contra todo el fallo proferido por el despacho, para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, revoque en todas sus partes y conceda las pretensiones:

En el entendido a que, observa tristemente esta parte como el Juez, dejó revisar una parte subjetiva que se ha venido notando en todos los procesos donde los testigos han tenido una fuerza notoria por su grado de instrucción.

Dejo al Tribunal, claro y presente que podrán revisar en todas las demás audiencias como su decir parece un canto, parece un libreto, contrario a la situación que se presenta con los testigos de la parte demandante, en el entendido a que su grado de instrucción es inferior, son temerosas y desconocedoras de la Ley.

En este momento entonces me permito indicar que las falencias que se encuentran en la sentencia por parte de la suscrita con todo respeto para que sean revisadas por el Honorable Tribunal, se reducen a que si se demostró la prestación personal, a que la carta de compromiso suscrita por la demandada no es como el despacho tuvo a bien revisar, sino que por el contrario era una carta de confidencialidad que el empleador con su poder dominante y poder reverencial que ha tenido para la parte logró imponérselo y pues aquí salió adelante, violándose todos los derechos laborales del artículo 53, artículo 22, artículo 23, artículo 24 Código Laboral.

También se logró demostrar que a ella si se le realizó un proceso de selección y una capacitación, situación que hacen todos los empleadores, no obrante por un contrato de prestación de servicios ni por un contrato civil como se pretende hacer valer y en cualquier circunstancia del proceso.

Igualmente se hace denotar al Honorable Tribunal que la apreciación de los testimonios, no se tuvo de la manera más acorde toda vez que Edwin Chávez y Diana, en su grado de instrucción son científicos capaces

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, en el presente ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda a folios 4 y 5, las cuales encontraron sustento en los hechos narrados a folios 5 vto a 7vto,

de manipular y de organizar una prueba de una manera tal que logran llegar a confundir situación que no presto la Señora Luz Dary y la Señora Ana Lucia, quienes siempre indicaron la prestación del servicio, el horario, y el salario, y que pese al paso del tiempo reconocieron y situaciones que a ellas, pese a que no las tenían muy claras ellas las trajeron aquí presentes y lo hicieron bajo la gravedad de juramento.

Por el contrario, el Señor Edwin Chávez y la Señora Diana, si reconocieron ciertas cosas que aquí el Juzgado no tuvo en cuenta, siempre tuvieron en cuenta, indicaron el horario, indicaron que ellos eran los que dirigían la prueba y que eran los que daban las instrucciones.

Esto permite determinar la existencia de un contrato, señala el despacho que no se advierte una subordinación, situación que aquí es clara, que más subordinación que acotarse a la elaboración de una prueba, someterse al horario, someterse a las situaciones de ponerse la cofia, y a elaborar y a suscribir los documentos que se le entregaban, solo se limitó el Juez, el despacho, perdón, al llamado de atención, cosa que pues no puede ser en este momento demostrada porque si bien la parte demandante señaló que nunca había faltado, pues tampoco le hicieron llamados de atención, por lo tanto, no era relevante presentarlas. El horario, señala el despacho que no era impuesto situación que se logra observar tanto en los testimonios que aquí se le dio la validez, con la que se sustenta el fallo, se dijo que era de 8 a 2 de la tarde, sin embargo, se contradice.

La dotación, señala el despacho que simplemente era para la coordinación de una prueba técnica y científica, sin embargo, se puede observar cómo era obligatoria, o sea, no era voluntaria, también se dijo aquí que la carta de compromiso era un elemento constitutivo de un sistema voluntariado o de una situación propia de la parte actora, sin embargo, se puede revisar que a ella se le señaló siempre que era una carta de confidencialidad.

Igualmente, el despacho no revisó las pruebas documentales, las cuales se les solicita al Honorable Tribunal revisar, en razón que se aportó en la audiencia el pago del salario mensual, que jamás fue desvirtuada y no es una retribución como mal se pretende hacer valer, es el pago de la prestación de sus servicios como fue sensorial.

Que su prestación no fue continua, situación que tampoco es cierta, se dejó confundir el despacho, cuando dice que los testigos dicen que no era continua, sin embargo, la demandante en su interrogatorio fue reiterativa en indicar que, si fue continua, es más, si el pago, como se puede ver en la prueba documental es mensual, pues logra demostrar que si era continuo.

Igualmente, señala el despacho frente a una voluntariedad, sin embargo, démonos cuenta como esa voluntariedad no es como se pretende hacer valer, sino por el contrario, aquí hay una verdadera relación laboral.

Por lo tanto, se solicita ante el Honorable Tribunal, que se revoque la sentencia y se confieran todas las pretensiones solicitadas por la parte demandante, teniendo en cuenta, no solamente el precedente constitucional que es reiterado notablemente, el cual, ha sido aquí violado en todas las circunstancias porque hasta la persona que menos tenga derecho en situaciones se les reconocen las acreencias laborales, pero a las suscritas se le fueron desconocidos sus derechos convencionales, sus derechos constitucionales y sus derechos legales. Dejo de esta manera, sustentado el fallo (Sic). Gracias.”

aspirando principalmente la existencia de un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 1° de junio del 2009 hasta el 7 de marzo del 2016, el cual terminó unilateralmente y sin justa causa por parte de BEL STAR S.A., en consecuencia se condene al pago del reajuste del salario al mínimo vital, auxilio cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de las cesantías, aportes a seguridad social en pensiones, indexación de los valores dejados de pagar, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo Sentencia de Primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la accionante, tras considerar que si bien existió una prestación personal a favor de BEL STAR, la presunción que de esta derivó se desvirtuó ante la inexistencia de subordinación pues el cumplimiento de horario aducido por las testigos de la parte demandante surgió por convicción interna del compromiso adquirido por parte de la demandante, sin que existiera coerción en su cumplimiento ni imposición de sanciones, igualmente expresó el juez de primer grado que el uso de batas y cofias e indicaciones técnicas no correspondían a manifestaciones de subordinación sino a expresiones de coordinación en su operación, en cuanto a las consignaciones de dinero de la cuenta bancaria de la actora adujo que muestran irregularidades en el pago tanto en el valor como en los periodos cancelados, lo que permite corroborar la voluntariedad en el servicio.

Así las cosas, ha de recordarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si la relación que existió entre la señora ANA PATRICIA TALERO PULIDO y la sociedad BEL STAR S.A., estuvo regida por un contrato de trabajo, como lo aduce la parte demandante o si por el contrario, no lo estuvo, aspecto que pasará a dilucidarse, debiendo en todo caso recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe

hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Por manera que, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, debe advertirse, el Juez *a quo* encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte de la accionante como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, circunstancia que no fue objeto de apelación. En esa dirección, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

Pues bien, atendiendo a los argumentos de la alzada, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, a efectos de determinar conforme a la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece.

En ese orden, se aportaron como pruebas documentales relevantes para resolver la litis:

- Cuentas de cobro presentadas por la demandante a Bel Star (fls. 26 a 30 y 32).
- Certificado de Capacitación en evaluación sensorial de Fragancias dado a la actora dado por Belcorp (fl. 31).

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

- Carta de compromiso y consentimiento informado suscrito por la actora como Juez sensorial entrenado en fragancias (fls. 71 y 74).
- Certificado de pagos efectuados por Bel Star S.A. a la actora en una cuenta bancaria de Colpatria para el periodo comprendido entre el 4 de julio de 2012 y el 28 de marzo de 2016 (fls. 118 a 120).

De igual manera se encuentran los interrogatorios de parte absueltos por el representante legal de la encartada y por la demandante (Cd. fl. 122 records: 17:36 y 41:45), como también los testimonios de Luz Dary López Guzmán (Cd. fl. 122, record: 1:05:45), Diana Consuelo García Ramírez (Cd. fl. 122, record: 1:51:29), Ana Lucía Huertas (Cd. fl. 122, record: 2:26:26) y Edwin Miguel Chávez Camacho (Cd. fl. 122, record: 3:33:50).

Así las cosas, debe precisarse si bien las testigos LUZ DARY LOPEZ GUZMAN y ANA LUCIA HUERTAS, en sus declaraciones informaron haber conocido a la demandante por haber sido también jueces sensoriales en Bel Star S.A., manifestando que la actora debía asistir de lunes a jueves al laboratorio en un horario de 8am a 2pm, para hacer pruebas de olfato a fragancias, portando una bata y un gorro para la realización de tales pruebas, asegurando que los jefes que tenían eran los químicos del laboratorio quienes les entregaban las hojas para realizar la evaluación, evaluación en donde aseguran ya se encontraban los criterios, escalas y parámetros en los cuales se debía medir la intensidad del olor de la respectiva fragancia, también refirieron que el panel de jueces estaba conformado por 12 o 16 personas y si llegaran a devolver alguno la empresa arreglaba, pues no habían consecuencia si no aplicaban las pruebas, únicamente que nos les pagaban nada, precisando las testigos que las instrucciones de su actividad como jueces sensoriales se dieron únicamente en la capacitación que fue en el año 2009 y por ende cada juez conforme a su capacidad olfativa determinada la forma en como marcaba el formato dado por la accionada, siendo muy clara la deponente Luz Dary López Guzmán en indicar que en la ejecución diaria de la prueba no había nadie que le diera ordenes ni instrucciones, así mismo señalaron estas declarantes que cuando se realizaban pruebas largas, esto es, que terminaban aproximadamente a las 5pm las llamaban y les preguntaban si se podían quedar, asegurando que la que quería ganar más dinero se quedaba.

Igualmente coincidieron los testigos en señalar que nunca les hicieron llamados de atención, que la asistencia al laboratorio era por un compromiso adquirido, que había días en que solo se hacía una prueba o dos o tres y por eso el pago variaba, refiriendo la testigo Ana Lucia Huertas que no tenían necesidad de salir del laboratorio y la señora Luz Dary López que no salían para no contaminar las pruebas.

Aunado a lo anterior se tiene que los testigos Edwin Miguel Chávez Camacho y Diana Consuelo García Ramírez expresaron que la demandante si bien prestó el servicio para la accionada como Juez Sensorial, la misma conformaba un panel de evaluación de fragancias, por lo que tanto ella como los demás jueces hacían una evaluación de sensibilidad de olores conforme a su percepción la cual derivaba de la capacidad olfativa de cada persona, evaluación que era plasmaba en unos formatos preestablecidos por la demandada donde ya se encontraban descritos diversos criterios de evaluación los cuales debían ser marcados de acuerdo a lo que percibiera cada juez en su olfato.

Así mismo señalaron estos deponentes que los horarios eran de acuerdo a la disponibilidad de pruebas que existieran, refiriendo que en un día se podían evaluar hasta 5 fragancias con intermedios de hora y media, como habían días, semanas o meses en que no se efectuaban, advirtiendo las pruebas eran realizadas con los jueces que tuvieran la disponibilidad de tiempo para ello, pues se les hacía llamados telefónicos indicándoles los días en que se iba a realizar la evaluación y cada quien decidía si podía ir o no, expresando que si llegara a faltar algún juez no ocurría nada pues se podía realizar la prueba con 12 de ellos y de no estar tal número se suspendía y se hacía en otro momento la prueba olfativa de esa fragancia, asegurando por tal actividad se daba a cada juez un incentivo económico en aras de que siguieran efectuando las evaluaciones sensitivas, no obstante refirieron los declarantes era cada juez quien decidía si dejar o no el programa.

Por otro lado, manifestaron no haber conocido procesos disciplinarios en contra de la actora, ni llamados de atención, precisando que los Jueces Sensoriales disponían de su tiempo pues eran ellos quienes decidían si ir o no y también en

los lapsos entre la finalización de una prueba y el inicio de otra podían hacer cualquier otra actividad -leer, ver televisión, salir del laboratorio- sin que hubiese represalias por ello.

En este punto, es menester precisar, la prueba testimonial, goza de plena credibilidad por parte de esta Sala de decisión, dado que los testimonios fueron claros, fluidos y espontáneos, narrando circunstancias precisas de sus dichos, sin que ofrezcan motivos de tacha, por lo que tal prueba será valorada bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables.

De esta forma y como bien se mencionó en efecto existió una prestación personal del servicio por parte de la accionante a favor de la pasiva, no obstante se advierte que la presunción legal que de ésta prestación emana, tal como se señaló en primera instancia fue desvanecida por la traída a juicio, pues con las pruebas del proceso (documentales y testimoniales) se puede establecer con claridad que la relación vivida entre las partes no estuvo regida por un contrato de índole laboral, en tanto en las actividades desarrolladas por la actora en las diversas pruebas de fragancias efectuadas por BEL STAR S.A., no se evidenció la mediación de subordinación, conclusión que se arriba, en atención la autonomía de la demandante para desarrollar sus funciones como juez sensorial ya que era ella a través de su capacidad olfativa quien emitía su juicio de valor conforme a la percepción personal que tuviera frente a cada fragancia, además conforme se vio tenía la discrecionalidad de decidir la cantidad de pruebas a realizar durante un día, por lo que es claro que podía desarrollar tal actividad en favor de terceros cuando no había pruebas programadas o cuando no asistía a las de la accionada, pues era llamada vía telefónica para realizar tal evaluación sensorial y esta podía aceptar o no, sin existir consecuencias para la empresa por su inasistencia en tanto podían suplir su participación con otro de los jueces sensoriales que tenían en su panel o simplemente repetir la prueba en otro día donde se pudiera conformar la totalidad de los jueces requeridos, sin que el hecho de la accionante debía desempeñar su función dentro del horario asignado por la demandada para la práctica de las pruebas de olfato, implique el

encubrimiento de un ilegal fraude para camuflar una vinculación laboral subordinada con el propósito de evadir las consecuencias de la misma.

Sobre este punto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que *“a pesar de ser el cumplimiento de un horario de trabajo, un indicativo de la subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la subordinación cuando del análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que, en realidad, existió una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma (CSJ SL8434-2014; CSJ SL14481-2014).”* Sentencia SL11661 del 5 de agosto del 2015.

En la misma dirección, tampoco se advierte subordinación a causa del uso de batas con distintivos de BEL STAR ni del formato establecido por la accionada para indicar o marcar los criterios de evaluación, pues conforme a los dichos de los testigos tales elementos de higiene eran suministrados en aras de que la muestra no se contaminara y en cuanto a la elaboración del formulario de evaluación por parte de la accionada, tal hecho no luce desacertado pues la demandada debía velar por que la prueba se realizara de manera impecable y sin ningún margen de error, basándose en estándares científicos y de calidad, pues se trataba de productos que se iban a comercializar a la población, por ende debía ser rigurosa en cuanto a la calidad del mismo.

Nótese igualmente que la restante prueba documental (cuentas de cobro, certificado de pagos al banco Colpatria y certificado de capacitación) solamente acreditan la prestación del servicio, entendida ésta como la ejecución de una labor determinada, lo que por si solo no genera un vínculo laboral.

Precisándose frente a la capacitación que le fue dada a la actora en el año 2009, se tiene que conforme a lo dicho por los testigos recaudados la demandante participó en esta voluntariamente y no de manera obligada en virtud de una convocatoria, en la que asistieron cerca de 160 personas, de las cuales solo unas pocas lograron obtener la certificación de Juez Sensorial, título que no solo le sirve para desempeñarse en favor de la encartada, sino que comporta una acreditación con la cual puede desarrollar dicho rol en otras compañías.

Así las cosas, como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, en el caso de marras, la traída a juicio logró desvanecer la presunción del artículo 24 del C.S.T., pues conforme lo dicho, en la realidad lo que pudo existir fue un contrato de prestación de servicios, precisando en este punto, que dicho tipo de contratación no exige para su validez, formalidades tales como la escritura, (*artículo 1495 del Código Civil y artículo 824 del Código de Comercio*), y en este orden de ideas resultan suficientes las motivaciones expuestas para confirmar la decisión de primer grado, en cuanto a que se absuelve a la demandada de las pretensiones incoadas.

Finalmente, y en punto a los alegatos de conclusión de la parte actora en cuanto a tener en cuenta las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación baste con señalar la mismas no resultan aplicables al caso de autos, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política, situación que no se presenta dentro del caso bajo estudio, incluso esta Sala de decisión ya profirió dos sentencias con el criterio aquí expuesto en los procesos con radicados Nos. 08 2017 00638 y 29 2018 00242.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ésta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALI KOHAN HOSH NEJAD CONTRA LA EMBAJADA DE LA REPUBLICA ISLAMICA DE IRAN EN COLOMBIA (RAD. 37 2016 00998 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y demandada (fls. 570 a 590 y 592 a 595), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de septiembre del 2019 (Cd. fl. 563, record 1:41:42 acta a fl. 565), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada EMBAJADA DE LA REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN, y el demandante el señor ALI KOHAN HOSH NEHAD, existió un contrato de trabajo a término fijo de un año, originado el 17 de febrero de 1986 al 19 junio de 2016, que finalizó por decisión unilateral y sin mediar justa causa por parte del empleador y que se rigió por la normatividad laboral y de la seguridad social colombiana cuyo salario por cada anualidad se relacionará en documento aparte, que será parte integral de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción de primas de servicios causadas con anterioridad al 11 de septiembre de 2011, respecto de las demás acreencias laborales, las que se hubieren causado con anterioridad al 22 de septiembre de 2013, con excepción de las cesantías como lo expuse en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada EMBAJADA DE LA REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN, a pagar al demandante ALI KOHAN HOSH NEHAD, las siguientes sumas:

- A. La suma de \$14.816.667 por reembolso de deducciones de salario, cifra que deberá reconocerse indexada desde el momento de su exigibilidad hasta la fecha de pago.
- B. La suma de \$110.951.054 por concepto de auxilio de cesantías, valor también deberá reconocerse indexada desde el momento de su exigibilidad hasta el momento de su pago.
- C. La suma de \$1.765.270 por intereses sobre las cesantías, también indexados desde el momento de su exigibilidad hasta el momento de su pago.
- D. La suma de \$32.642.639 por concepto de prima de servicios, valor que deberá ser reconocido de manera indexada hasta la fecha de su pago.
- E. La suma de \$9.731.042 por concepto de vacaciones, concepto que también deberá ser reconocido de manera indexada.
- F. La suma de \$64.352.000 por concepto de indemnización por despido, en los términos que trata el artículo 64 del CST, concepto que también deberá reconocerse de manera indexada desde su exigibilidad hasta el momento del pago efectivo.

CUARTO: CONDENAR a la demandada EMBAJADA DE LA REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN, a pagar al demandante ALI KOHAN HOSH NEHAD, el cálculo actuarial con destino al sistema general de pensiones por el periodo comprendido durante toda la vigencia de la relación laboral, sobre el IBC que será tenido en cuenta con el salario fijado en los términos de la normatividad que se estableció para los efectos del cálculo, para tal efecto, entonces, se establece como obligación de hacer, a la parte demandante se le determina un término de 10 días hábiles, para que informe al despacho a que administradora de fondo de pensiones se encuentra afiliado el demandante, una vez obtenido esta información, se le corre un término de 15 días a la parte demandada para que efectivamente solicite la liquidación del cálculo actuarial en los términos legales y una vez obtenida se determina como exigibilidad para el pago de la obligación el valor que le sea allí determinado.

QUINTO: CONDENAR a la demandada EMBAJADA DE LA REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN, a reconocer y pagar **COSTAS** en favor del demandante ALI KOHAN HOSH NEHAD, en la suma equivalente a 1 SMLMV, de la presente anualidad, por secretaria se tasaran en la debida oportunidad procesal.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra por el demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión. ”

Inconforme con la sentencia, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación señalando sus inconformidades respecto del fallo de primera instancia en los siguientes puntos (Cd. fl. 563, record: 1:45:24)¹

¹ “Manifiesto respetuosamente a su señoría que no comparto la totalidad de las consideraciones expuestas en el fallo proferido por su despacho, razón por la cual, interpongo recurso de apelación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, contra la providencia que acaba de emitir con el propósito que el superior la revoque. Constituyen argumentos que sustentan este recurso los siguientes:

Resalto que en el contrato fue a término indefinido, celebrado en Colombia, se inició, se ejecutó y terminó en Colombia. La sentencia recurrida debería pronunciar se fondo en el asunto, no atendió la totalidad de las

suplicas de la demanda, basada en consideraciones que no comparto, por cuanto, son contrarias a la verdad de autos, y a las probanzas que soportaron cada una de las pretensiones del libelo de la demanda, la falta de reconocimiento de los derechos y las garantías mínimas del Código del Trabajo, constituye una violación al ordenamiento laboral que aplica irrestrictamente al contrato celebrado entre la misión diplomática de Irán y el actor. Así las cosas, no puedo aceptar en justicia la decisión de la sentencia impugnada, voy a tomar cada tema:

En cuanto a la modalidad del contrato a término indefinido, usted habla en el caso de marras, dijo que era un contrato a término fijo, pero que se regía por las Leyes de Colombia, quiero hacer primero una observación, el contrato a término fijo no existe en Irán, en Irán existe el contrato a término indefinido o temporal. Dos, es de resaltar que uno no puede inventar contratos, tiene que ceñirse a la luz de los que son, esos contratos son los únicos que ellos tienen, aquí el no demostró dentro del debate procesal sino unas pruebas documentales que fueron arrimadas violatorias totalmente y la Ley es imperativa, el desconocimiento de la Ley y la ignorancia de la Ley no sirve como excusa en ningún país del mundo, y menos en una misión diplomática que tiene todas las capacidades económicas y tuvieron todos los abogados, por tal razón, no tiene ninguna significación ese punto.

Además, es de resaltar que esas pruebas arrojadas al proceso en el cual se tuvo en cuenta por usted, no cumplieron con los requisitos mínimos traídos por el ordenamiento del Código General del Proceso, son violatorias, no tienen ni siquiera los requisitos mínimos, no tiene una firma, yo no puedo hablar que la hizo ese señor, toda vez que adolece de toda firma, él dice que la hizo, y con algo más agravante el apoderado avala, de cuando acá yo avalo lo que dice otro, por tal razón, no se deben tomar en cuenta, no acreditó idoneidad, oficio, identificación, ubicación del perito a hoy no sabemos si esa era la persona que había hecho todas esas traducciones.

No existe la prueba, no hay validez las pruebas no fueron aportadas de acuerdo con la rigurosidad de la Ley, y la Ley es clara es de obligatorio cumplimiento el desconocimiento de la Ley no exime a nadie porque la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, en este tema, es de resaltar, que hay dos clases de Leyes imperativas y supletivas, en el caso de estudio estas no son negociables, las imperativas no son negociables porque sepan o no, porque en ella están interesados, y lo dice la Corte que es el máximo órgano de cierre de la jurisdicción, el orden público está inmerso en las buenas costumbres, ejemplo la Ley laboral, que se inspira en el artículo 53 de la Carta Magna nuestra, cuyo uno de los principios es, igualdad, equitatividad, retribución, derecho al trabajo, remuneración, derecho a la seguridad social, derechos mínimos, derecho a la estabilidad, por lo tanto, las normas son de orden público y al ser de orden público son de obligatorio cumplimiento.

Se parte de la base, además, que el señor Ali cuando fue contratado, fue contratado en Colombia de manera verbal, aquí en el plenario no aparece ningún indicio, ninguna prueba, de que haya sido contratado de otra manera, si bien es cierto, que las pruebas arrojadas en el proceso no tiene validez menos es aun, que ni siquiera cumplieron con la formalidad rigurosas de Ley, menos se puede tener en cuenta, que los contratos se van a tener en cuenta que fueron esos (Sic), no hay contrato por escrito no se evidencia un contrato diferente, por tal razón, dentro de las Leyes laborales el contrato que se dio fue el contrato a término indefinido.

La certificación laboral que esta visible a folio 37, esta expedida el 29 de octubre de 2007, y suscrita por el embajador de la Embajada de la República Islámica, mal puede ser y temerario del señor apoderado, que se colocó de mala fe, y de lo cual le exijo muy respetuosamente que demuestre que esa prueba como el afirma fue falsificada, porque es algo muy delicado ante la jurisdicción, yo no soy la abogada de dos y tres años de la jurisdicción, y me conoces de autos y de sentencias, no comparto ese criterio, y debe uno respetar y saber qué es lo que dice, esa prueba que obra a folio 37, expedida en dicha fecha fue suscrita por el embajador de la Embajada de Irán, y como se lo dijo el demandante, el embajador si miente, el mismo dijo no miente, y si miente tiene que responder, además de eso, como lo dije en mis alegatos un certificado laboral tiene plena validez a no ser que fuera controvertido y él no lo controvertió, jamás objeto que esa prueba que yo acerque al proceso no tenía validez.

Y además, de eso acepto como hecho cierto ese documento, en ella la demandada ratifico que el actor se desempeñaba en el cargo de funcionario administrativo desde el año 1985, fecha inicial 1985, y bajo vinculación laboral de carácter indefinido no es que lo estemos inventando, la misma certificación laboral visible a ese folio lo manifiesta, en ella la demandada ratifico se desempeñaba en el cargo de funcionario administrativo y bajo vinculación laboral de carácter indefinido, atestación que no fue desconocida, ni desvirtuada a lo largo del debate procesal, amén de la inexistencia de prueba expedida por la misma convocada, capaz de desvirtuar lo certificado por ella misma.

Además, de eso hay que tener en cuenta, que el acepto en el hecho la fecha inicial como 1985, me pregunto yo ahora, es que los hechos ciertos se pueden cambiar después de hacer una misma confesión del apoderado de la demandada, entonces, este hecho además, de que fue aceptado, y es un hecho cierto, la certificación laboral tiene plena validez ahora vamos a decir nunca que no tiene validez, este hecho fue corroborado además en el interrogatorio del actor. El actor, fue enganchado con un contrato verbal y no se probó dentro del plenario la existencia de otro tipo de contrato, las documentales aportadas en la contestación de la demanda, no cumplen con las ritualidades del artículo 251 del CGP, y no pueden ser valoradas dentro del cumulo demostrativo, por no tener calidad de prueba.

Adicionalmente, la prueba pericial de oficio de la traducción de los documentos aportados en idioma farsi al proceso, no se puede zanjar la falencia de la demandada en el deber de aportar las pruebas en debida forma, en las oportunidades procesales previstas en el artículo 227 del CGP, de otra parte, la prueba pericial presentada por la demandada no cumplió con los requisitos mínimos establecidos en el artículo 226 del CGP, norma procesal de orden público y de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas, o sustituidas por los funcionarios y particulares, salvo autorización expresa la Ley acorde con el artículo 13 del CGP.

De otra parte, la convocada acepto expresamente en el hecho 40 folio 315, que el 20 de junio de 2016, la convocada dio por terminado el contrato a término indefinido al actor, hecho cierto por no haber sido derruida la presunción recaída sobre el mismo, adicionalmente, fue declarado presuntamente cierto, y en el que consta que el contrato existe entre las partes fue a término indefinido, desde el punto de vista legal, la relación laboral iniciada ejecutada y terminada en Colombia se rige por la Ley laboral colombiana, partiendo de este postulado, resulta evidente que nuestro ordenamiento jurídico existe la supuesta modalidad de contrato convenidos que ahora falazmente viene a decir que lo trajo a colación donde tantas discusiones dijo que eso existía y que era la Ley de Irán, por el contrario, lo expresado en la certificación visible a folio 37, por la demandada resulta cierto, pues la modalidad de contrato laboral que existió entre la parte fue verbal y a término indefinido.

Así las cosas, si el enredo en la convocada genero alguna duda, se echa de menos en la sentencia impugnada la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y en el artículo 21 del Código Laboral, que obliga a optar por la situación más favorable al empleado o trabajador en caso de duda en la aplicación, interpretación jurídica, para la Corte Constitucional la duda que da lugar a la aplicación de los principios de favorabilidad in dubio pro operario, debe revestir un carácter de seriedad y objetividad pues no sería viable, que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la sólida bajo el argumento que la primera era más favorable al trabajador, en ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones.

Reitero, que sobre el valor probatorio de los certificados laborales, la Corte Sala de Casación en sentencias SL 8 de marzo de 1996 radicado 8360, reiterada en la SL 23 de septiembre de 2009 radicación 36748, SL 24 de agosto de 2010 radicación 34393, SL 30 de abril de 2013 radicado 38666, y SL 6621 de 2017, han señalado que el juez laboral debe tener como un hecho cierto, en lo contenido que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador, sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea sobre el tiempo de servicios, el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falta a la verdad y de razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial, o que el juez conteste este tipo de conductas eventualmente fraudulenta, por esta razón, la carta de probar en contra de lo que certifica el empleador, corre por su cuenta, y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda.

En cuanto a la terminación unilateral y sin justa causa, en el cual, el sentenciador de primera instancia, no estoy de acuerdo porque pues obviamente tomo la relación de la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta, que era un contrato a término fijo, basado en la situación de que el contrato no fue a término fijo, a término indefinido, no estoy de acuerdo, con el valor arrojado por dicha situación.

Además, de que no obra en el proceso, ninguna prueba de que el señor haya sido afiliado por el contrario, existen una planillas que aparecen todo lo de la parte de pensión en cero, me pregunto yo, eso no es que hicieron algo fraudulento si la planilla de seguridad social integral deben aparecer los dos aspectos, por lo tanto, solicito el pago de la indemnización moratoria, por esa situación por la terminación unilateral y sin justa causa y el despido fue ilegal por el actor y no se configuró esa causal, por qué, porque no había pensión y nunca se afilio al sistema general de pensiones, porque dentro del plenario no aparece prueba alguna que haya sido, por el contrario, en mi calidad de apoderada del demandante, allegue pruebas documentales, en los cuales, lo que aparece que la planilla pila, aparece en cero, me pregunto yo, con un salario que tenía el trabajador, pago yo cero, me pregunto yo, esas planillas fueron llevadas allá y fueron

canceladas, entonces, en esos términos, no podríamos hablar que la casual invocada fue por el reconocimiento de la pensión y que la pensión nunca se dio.

El refuerzo de la obligación del empleador de vincular obligatoriamente al sistema de seguridad social al actor, no es que si él quiere desconoce las normas, no, la ignorancia de la Ley, vuelvo y repito no es excusa, la aseveración de la demandada visible a folio 224 que manifiesto haber pactado con el trabajador, con el funcionario local de acuerdo con las Leyes de circunscripción de la misión colombiana tendría seguros desde el comienzo de sus funciones, que de paso demuestra la aceptación de la territorialidad de la Ley colombiana obligación concordante con la Ley 100 del 93 que regula el sistema general de pensiones, como aplicable obligatorio a todos los habitantes del territorio nacional y con el artículo 33 de la convención incorporada a la Ley 6 del 72 que reza: el agente diplomático que contrate personal local o residente y país receptor habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del estado receptor impongan a los empleadores.

El ordenamiento interno fue dado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, específicamente indicando a la demanda las normas de la seguridad social que debía respetar y acatar en la contratación de trabajadores locales folio 107 a 126, el conocimiento expreso de la legislación colombiana de parte de la demandada es evidente y se ve reflejado en los folios 67 y 432, donde atesto que el descuento del 4% por salud obligatoria del trabajador efectuado como lo dice la Ley del trabajo de Colombia, en marzo de 2014 la demandada vinculó obligatoriamente al sistema de seguridad social al actor, pero solo en salud, omitiendo la pensión, que es la que garantiza al trabajador una subsistencia digna, cuando cesan sus actividades en razón de la edad y el tiempo de servicio, reitero que la demandada vario el pago del aporte a la pensión obligatoria del actor, y coloco cero por este concepto, lo que evidencia de forma contundente, la omisión de la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones.

Por lo tanto, con fundamento en los planteamientos que anteceden solicito, bueno voy a continuar uno por uno, y al final digo. La liquidación por indemnización por despido sin justa causa, artículo 64 modificado por el artículo 28 de la Ley 789 del 2002, la liquidación fue efectuada teniendo en cuenta, 15 días por el primer año, y 20 días por los 29, en el caso que nos ocupa, ni siquiera, fue eso, se tuvieron en cuenta como si fueran contratos y contratos sucesivos contratos a término fijo, por ende, la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, no está resuelta y me están dando una suma que es diferente a la real, por lo tanto, solicito que se acceda también a esta petición de que sea reajustada y teniendo en cuenta todo el tiempo de servicio del trabajador, que fueron 30 años y 7 meses demás de eso, el párrafo transitorio que establece claramente que los trabajadores al momento de entrar en vigencia de la Ley tuvieran 10 o más años al servicio continuo del trabajador se le aplicara la tabla de indemnización establecida en los literales B, C y D, del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, la Ley 789 de 2002 fue publicada en el diario oficial, 45046 del 27 de diciembre de 2002, fecha en la cual a partir de ahí entro a regir, así las cosas, para la fecha en que entro en vigencia la Ley 789 de 2002 el trabajador tenía más de 10 años al servicio de la demandada.

Por lo tanto, teniendo presente los derroteros contemplados en el párrafo transitorio en cita, le corresponde de acuerdo al literal B, 45 días por el primer año y 40 días por los 29 años subsiguientes y proporcionar por la fracción de 7 meses, con fundamento en lo expuesto resulta evidente que la liquidación no se encuentra ajustada al párrafo ni se encuentra ajustada al tipo de contrato que hubo, que fue el de contrato a término indefinido.

No se condenó, y consecuentemente con eso, solicito el reconocimiento de la pensión sanción, no obra dentro del expediente, prueba alguna que demuestre que el trabajador estuvo afiliado, no hay prueba de que la demandada arrojó por ningún periodo, y la norma lo dice, nunca estuvo afiliado al sistema de seguridad social integral, situación que es el caso en estudio, por lo tanto solicito el reconocimiento de la pensión sanción, en favor del trabajador.

Y se efectúe la reliquidación de todas las prestaciones, por qué, porque las prestaciones se tuvieron en cuenta, bajo la argumentación de un contrato a término fijo, que no existió, no existe ningún contrato escrito, estos contratos no tienen validez, además de todo lo que reforcé inicialmente las pruebas documentales no pueden ser tenidas en cuenta.

En cuanto al pago de indemnización moratorio por el no pago de las prestaciones sociales, deben ser reliquidadas de conformidad al contrato que se debe tener en cuenta que es el contrato a término indefinido.

Solicito también en este momento, la indemnización por mora en el pago de intereses a las cesantías, las cesantías nunca fueron canceladas, como lo he dicho el actor tiene derecho a todo el tiempo que se le paguen las cesantías, nunca fueron pagadas durante la vinculación laboral, de los 30 años y 7 meses.

- En cuanto a la modalidad del contrato y extremo inicial, asegura debe ser a término indefinido y a partir de 1985, manifestando el contrato a término fijo no existe en Irán tan solo el contrato a término indefinido o temporal, precisando las pruebas aportadas por la demandada no podían tenerse en cuenta pues no cumplen con los requisitos mínimos establecidos por el Código General del Proceso artículo 251 del C.G.P.

Asegurando el actor, fue enganchado y/o contratado en Colombia con un contrato verbal y no se probó dentro del plenario la existencia de otro tipo de contrato ni hay contrato escrito en tal sentido, por tal razón, considera dentro de las Leyes laborales el contrato que se dio fue el contrato a término indefinido, indicando obra certificación laboral expedida el 20 de

Las cesantías, deben ser consignadas al actor y deben ser por todo el periodo de su vinculación laboral, el actor pertenece al régimen retroactivo del artículo 249 del Código Laboral y el no pago fue reconocido en el hecho 58 folio 320 y en el interrogatorio de la convocada, los intereses a las cesantías se omitieron durante toda la relación laboral, solicito también que sean reajustados y que se otorgue este derecho, por qué, porque no se pagaron ni cesantías ni intereses a sabiendas que tenían que pagarlos así como le pagaron a los trabajadores, es una muestra más de su actividad de dejar de manera desigual y por fuera al actor, el actor le toco estar y pagar su salud a través de su señora que trabajaba en esa época como beneficiario, la Ley laboral dice que cuando se presta un servicio no es como beneficiario, tiene que pagarle las prestaciones sociales a uno el empleador, la negligencia de los intereses a las cesantías fue aceptada en el hecho 59 en el folio 320, y ratificada en el interrogatorio de la encartada, por lo tanto, al omitir ese pago, debe reconocer la indemnización moratoria una suma adicional igual a dichos intereses conforme al Decreto en cita.

No se condenó a pagar la indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales, pasa por alto la sentencia atacada, que la demandada efectuó descuentos arbitrarios y sin contar con la autorización escrita del trabajador, está sola actuación genera la sanción, porque no solamente, es decir, el hecho de no pagar de esa actuación genera la sanción dispuesta en el artículo 65 del CST, esto es el pago de una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor, y pasados 24 meses contados desde la fecha de terminación del contrato el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de asignación certificado por la Superintendencia Bancaria.

A partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando el pago se verifique, las pruebas demuestran que la finalización laboral, la demandante (sic) omitió de mala fe el pago de la liquidación de las prestaciones sociales adeudadas al actor, por lo que debe reconocer y pagar dicha indemnización. En sentencia SL 1730 de 2018 la Corte sostiene que la indemnización moratoria es una sanción que se impone por la renuencia por el pago de los salarios y prestaciones sociales, empero, su aplicación no es de manera automática pues es deber del sentenciador analizar el comportamiento del empleador en cada caso en concreto, en el caso en marras, no estoy de acuerdo que él actuó de buena fe, y que fue que se le olvido y no sabía y hasta cierta época, por lo mismo, porque la ignorancia de la Ley no sirve como excusa.

Con fundamento en lo expuesto, y en los planteamientos que anteceden solicito se sirva revocar la sentencia recurrida dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla, invoco como fundamentos de derecho en especial, lo preceptuado por el artículo 65 del CPT, en general en todo el ordenamiento jurídico colombiano aplicable al caso en concreto y en la jurisprudencia de la CSJ Sala Laboral, máximo órgano de cierre de la jurisdicción, sustento el recurso en las pruebas que militan en el proceso, así como la actuación surtida en las diferentes audiencias que obran cd. Igualmente, solicito tener como soporte del recurso, los hechos, pruebas y fundamentos expuestos en la demanda, las alegaciones y en general todas las actuaciones surtidas en el plenario, que demuestran que los hechos son cierto, y que se encuentran debidamente probados. Resulta evidente, la conducta temeraria por la convocada durante todo el proceso, Gracias.”

octubre del 2007 en la que se señala que el demandante se desempeñaba en el cargo de funcionario administrativo desde el año 1985 y bajo vinculación laboral de carácter indefinido, manifestación que no fue desconocida ni desvirtuada a lo largo del debate procesal, advirtiendo dicha certificación goza de valor probatorio pues no es usual que una persona falta a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial.

- Respecto de la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, expresa no estar de acuerdo con la misma ya que se liquidó teniendo en cuenta un contrato a término fijo cuando en la realidad fue indefinido, solicitando se aplique la tabla de indemnización establecida en los literales B, C y D del artículo del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, pues la Ley 789 de 2002 fue publicada en el diario oficial 45046 del 27 de diciembre de 2002 y en ese orden para la fecha en que entro en vigencia la Ley 789 de 2002 el trabajador tenía más de 10 años al servicio de la demandada, pues laboró 30 años y 7 meses.
- En lo atinente a la pensión sanción señala no obra en el proceso, ninguna prueba de que el accionante haya sido afiliado por el contrario, existen unas planillas que aparecen en cero la parte de pensión, indicando en marzo de 2014 la demandada vinculó obligatoriamente al sistema de seguridad social al actor, pero solo en salud, omitiendo la pensión, que es la que garantiza al trabajador una subsistencia digna cuando cesan sus actividades en razón de la edad y el tiempo de servicio, reiterando la demandada vario el pago del aporte a la pensión obligatoria del actor, y coloco cero por este concepto, lo que evidencia de forma contundente, la omisión de la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones.
- Solicita la reliquidación de todas las prestaciones, porque se tuvieron en cuenta bajo la argumentación de un contrato a término fijo, que no existió, pues reitera esos contratos aportados no tienen validez.
- Indemnización por mora en el pago de intereses a las cesantías, peticona su pago con fundamento en que las cesantías nunca fueron canceladas y

en ese orden los intereses a las cesantías se omitieron durante toda la relación laboral, razón por la cual considera deber ser reajustados y se otorgue este derecho, reconociendo la indemnización en una suma adicional igual a dichos intereses.

- Finalmente en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, indica ser procedente la condena pues aunado a que la demandada efectuó descuentos arbitrarios sin autorización del trabajador, lo que de por sí genera la sanción, las pruebas demuestran que a la finalización laboral, la demandada omitió de mala fe el pago de la liquidación de las prestaciones sociales adeudadas al actor, no estando de acuerdo que actuó de buena fe, porque la ignorancia de la Ley no sirve como excusa.

Por su parte el apoderado de la demandada indica no ser la legislación colombiana la que se debe aplicar a este caso, manifestando la jurisprudencia de la CSJ, presenta excepciones a la aplicación del artículo 2 del C.S.T., por ejemplo, cuando el trabajo se realiza en el exterior, pero por ciertas circunstancias se aplica la Ley colombiana, y otro caso cuando el trabajo se haya realizado en Colombia pero las modalidades del contrato hacen viable la aplicación de la Ley extranjera y no la Ley colombiana, expresando no estar de acuerdo con la sentencia señalada por el Juez a quo pues es del año 2017 posterior a la fecha de terminación laboral, apartándose de la doctrina probable.

Advirtiendo en la relación laboral, se incluyó una cláusula donde se estableció que la Ley aplicable era la de Irán y que excluía la aplicación de otras Leyes que no se dijeran ahí, asegurando con ese convencimiento de buena fe actuó la República Islámica de Irán, además afirma no se tuvo en cuenta que conforme a la testimonial decretada se acreditó que el demandante se le pagó un sobresueldo para que con este cubriera su pensión y salud, señalando el actor pagó una medicina prepagada lo que evidencia que sí tenía la capacidad económica para ello, por lo que en su sentir tal hecho es indicativo de que el sometimiento del contrato estaba bajo las leyes de Irán y se cumplen los

requisitos para que en este caso no se aplique la ley colombiana. (Cd. fl. 563, record: 2:17:10)²

² “Muchas gracias señor Juez, entonces, el tema de inconformidad radica específicamente y principalmente en cuanto a que, insiste la parte demandada que no es la legislación colombiana que se debe aplicar a este caso y puesto en su conocimiento. No se desconoce la existencia la sentencia del año 2017, en este momento no me acuerdo el número, pero es la que usted refirió y que tuvo como fundamento para emitir su decisión, y nótese que esa sentencia es posterior a la terminación de la relación laboral, entonces, hay dos aspectos por los cuales considero que ni siquiera se debe tener en cuenta la sentencia:

Primero, yo hice referencia a reiterada jurisprudencia de la CSJ, en cuanto, presenta excepciones a la aplicación del artículo 2 del CST, uno por ejemplo, lo reitero la Corte efectivamente, cuando el trabajo se realiza en el exterior, pero por ciertas circunstancias se aplica la Ley colombiana, y así no exista territorialidad se aplica.

Y otro caso explica también la Corte que se presenta la excepción cuando el trabajo se haya realizado en Colombia pero en ciertas circunstancias y las modalidades del contrato hacen viable la aplicación de la Ley extranjera y no la Ley colombiana, entonces yo recogí 5, 6, 7 sentencias que las mencioné en mi alegato y resulta que esas sentencias que si son anteriores a la terminación de la relación laboral, y muy anteriores a la sentencia del año 2017 que usted acota señor Juez, se convierten en Ley para el Juez, me estoy refiriendo a que el artículo 7 del CGP, en el acápite final dice que cuando exista doctrina probable, se vuelve Ley, no, es decir, en el acápite primero o inicial del artículo 7, dice que la Ley obliga y que la costumbre y la jurisprudencia igualmente obliga al Juez, y que puede apartarse de ella si lo explica razonadamente, y es cierto, usted lo hace y lo explica pero con base en una sentencia posterior a la terminación o cuando estuvo vigente la relación laboral, que ocurre ahí, que es decir, cuando el Juez se aparta de la doctrina probable, es como cuando el Juez se aparta de una norma procesal o sustancial, para decir por la excepción de inconstitucionalidad no la aplico, aquí debe decir, me aparto de la excepción de la doctrina probable.

Con ese convencimiento señor Juez, como si se tratara esa doctrina probable de una Ley, es que la República Islámica de Irán, actuó en ese caso, en esa relación laboral, no se desconoce por parte del Juzgado, que la relación laboral, estuvo o se incluyó una cláusula de exclusión que la Ley aplicable era la de Irán y que excluía la aplicación de otras Leyes que no se dijeran ahí, entonces, con ese convencimiento de buena fe que tuvo la República Islámica de Irán, fue que actuó y por eso fue que señor Juez, desconoció el concepto emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, porque estimo y considero la República Islámica de Irán, que ese concepto, esa insinuación, esa información que hacia el Ministerio, no podía anteponerse a la jurisprudencia sentada hasta el momento por la CSJ, en cuanto a la aplicación de la Ley que debía corresponder a casos como cuando se pactara entre las partes la excepción que ya he mencionado.

Bueno, hagamos referencia a la Ley del año 2017 que usted tiene como fundamento señor Juez y habrá que además que en lo expresado en las anteriores jurisprudencias debe tenerse en cuenta, aspectos tanto formal como el sustancial, y usted dice que se da, porque quien impartía era un trabajo local, administrativo, porque además de ello las ordenes las impartía era el representante de las misiones, bueno, el representante, y que por esa razón debe entenderse que de esos aspectos se cumplía y porque además se realizó el trabajo en el territorio colombiano, pero no se tuvo en cuenta, otras circunstancias que hacen ver a aspectos sustanciales como es el no está probado dice el señor Juez, que a él se le pagara un sobre sueldo, para que con ese sobre sueldo, él cubriera su pensión y su seguridad de salud y le presento dos aspectos donde si se demuestra el pago de ese sobresueldo, porque es que a pesar de lo que quiera decir el mismo señor Ali, el demandante, como su apoderada y yo lo referí en mis alegatos, en la demanda manifiesta en hechos, perdóneme un segundito Dr., en los hechos 47, 48, eso es una prueba y dice mi cliente pago seguridad social, por 29 años de los 30 que trabajo, perdón, servicio de salud, pero no cualquier servicio de salud pos, estuvo en un sistema prepago, por muchos años por cuenta de él, como independiente y él lo afirma y en otras pocas oportunidades como beneficiario pero con un sistema prepago, o sea, más costoso, entonces vea que si tenía la capacidad económica porque se le estaba pagando un sobre sueldo, eso es un argumento, pero además de eso tenemos la prueba testimonial y me refiero a los testigos Ali Khoshbin y Mohammad Hassan, véase que Ali Khoshbin manifiesta que él inicialmente estuvo con un contrato en el que se convino que él recibiría un sobre sueldo, y que pagaba a su cuenta y riesgo salud y aportes a pensión y que después de eso fue reformado ese contrato y que entonces por supuesto que se le bajaría el sobre sueldo y la misión diplomática como responsable de las obligaciones que crea a él le reconoció pago de pensiones pago de salud, así como ocurrió lo dice él, con la otra señora que se menciona ahí, Soraya, es una prueba.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 177 y 178 del escrito de subsanación, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 175 a 177, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 21 de noviembre de 1985 y hasta el 20 de junio de 2016, el cual terminó unilateralmente y sin justa causa, en consecuencia solicita se condene a la demandada a pagar el reajuste salarial generado durante la vinculación laboral, los valores descontados de enero del 2014 al 20 de junio del 2016 los cuales se hicieron efectivos sin contar con el consentimiento escrito y conocimiento del origen, concepto o naturaleza de los mismos, cesantías, intereses a las cesantías, la indemnización por el incumplimiento del pago de los intereses a las cesantías equivalente a una suma igual a dichos intereses, vacaciones, primas de servicio, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, reconocimiento de la pensión sanción como consecuencia del despido sin justa causa ocurrido después de más de 15 años de servicio continuo y por haber omitido afiliarlo al sistema general de pensiones conforme a lo previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio se condene al pago del cálculo actuarial trasladando a Colpensiones el bono o título pensional correspondiente, condenas *ultra y extra petita*; **obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones, pues se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el actor y la Embajada de la Republica Islámica de Irán, el cual se desarrolló del 17

Y que Ali, se le pagaba un sobre sueldo para que él cubriera esos gastos, entonces vea que si hay prueba, y otra prueba es la declaración de Mohammad Hassan, él dice yo estoy trabajando con la República de Irán, bajo un contrato donde se convino, no dice expresamente que es un contrato convenido, porque él no entiende el termino, donde se convino que a mí me pagan un sobre sueldo que bajo mi responsabilidad está el pago de salud y aportes a pensión, y que los aportes a pensión los estoy haciendo en Irán, entonces esos aspectos sustanciales de cómo se realizó el contrato con el señor Ali, son indicativos y no contradicen en nada con la sentencia del año 2017, en cuanto, a que el sometimiento estaba bajo las Leyes de Irán y que se cumplen las formas en lo formal y lo sustancial, para que en su caso no se aplique la Ley colombiana, igual ya lo dije ese precedente jurisprudencial o doctrina probable hace Ley para las partes y con base en esa Ley fue que actuó en la relación laboral la República Islámica de Irán, por eso fue que termino el contrato en esos términos, y en consecuencia, debe aceptarse que no es aplicable la Ley colombiana es lo que pido para la segunda instancia, que revoque la decisión, la decisión muy respetable como lo he dicho, pero no la comparto y espero que así lo haga la segunda instancia. Muchas gracias señor Juez.”

de febrero de 1986 (fecha del primer contrato aportado al proceso) al 19 de junio del 2016 (data de la carta de terminación del contrato), precisando el contrato lo fue por un año, prorrogándose automáticamente, sin que se pueda entender que en virtud de ello se mutó a un contrato a término indefinido, estableciendo que dicho contrato debía regirse por la ley colombiana pues todas las funciones desarrolladas por el actor se dieron en Colombia, como también los actos de subordinación por parte del Jefe de la Misión Diplomática, precisando tanto la ejecución como la contratación fue en Colombia, gobernando por ende el principio de la territorialidad de la ley sin que pueda excluirse a pesar de los pactos celebrados, no acreditándose excepciones para la aplicación de normas de otro país, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad 22 de septiembre del 2013 y de las primas de servicio anteriores al 11 de septiembre del 2011 condenando al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, reembolso de los dineros descontados al actor e indemnización por despido sin justa causa, absolviendo de la pensión sanción por hallar probada la afiliación al sistema para el año 2014 condenando al pago del cálculo actuarial por todo el tiempo de labores, también absolvió de las indemnizaciones por no consignación de cesantías, por no pago de los intereses a las cesantías y moratoria, al no evidenciar mala fe en el actuar de la accionada pues señaló ésta siempre actuó bajo el convencimiento de estar bajo un contrato regido por las leyes de Irán, igualmente despachó de manera desfavorable la pretensión del incremento salarial pues adujo que conforme a las normas de Colombia tal incremento no es obligatorio para trabajadores que devenguen un monto superior al SMMLV.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y demandada, en los puntos concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

De esta manera ha de precisarse en primer lugar, no se discute la existencia de la relación laboral del actor con la embajada accionada, pues la misma fue aceptada por la encartada desde la contestación de la demanda (ver fls. 314 y

315), por ende el primer problema jurídico que se trae ante esta instancia se dirige a establecer si la vinculación contractual del actor con la EMBAJADA DE LA REPUBLICA ISLAMICA DE IRAN EN COLOMBIA debe gobernarse por las leyes de ese país y no de Colombia, determinado lo anterior y de ser procedente se pasara al estudio de los motivos de apelación del extremo actor, esto es, la modalidad contractual, el extremo inicial, la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa y demás acreencias reconocidas, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, el reconocimiento de la pensión sanción y la indemnización moratoria.

Así las cosas, y en lo que tiene que ver con la **ley aplicable al caso de autos** se ha de recordar en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, el legislador instituyó el principio de territorialidad, al disponer que las normas consignadas en dicho estatuto son de obligatoria aplicación en todo el territorio de nacional y para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad, por tanto, todo contrato laboral que se firme en el país sin importar si una de las partes o las dos son extranjeros, se regirá por el código sustantivo del trabajo, y en particular para el caso en estudio en cuanto las partes tienen asiento en suelo colombiano, no hay inmunidad de jurisdicción para embajadas (ver auto de decisión de excepciones previas ya resuelto, acta y Cd. fl. 340), y el vínculo se ejecutó totalmente en nuestro territorio, es decir, la subordinación y demás elementos se originan y tienen lugar en Colombia, sin que se acreditara la entronización de legislación extranjera para el desarrollo del vínculo laboral celebrado, en orden a estimar si eventualmente ese pacto desconoce o no derechos o prerrogativas que se consagran a favor de los trabajadores en la legislación interna.

Frente a esta temática, bueno resulta traer a colación algunas sentencias vertidas por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral así:

- **Radicación 37321 del 18 de noviembre del 2009:**

*“Inicialmente, importa recordar el pronunciamiento, radicado 10661 de 28 de mayo de 1998, en el que si bien no estaba involucrada una Embajada, por lo que allí se resolvió constituye un referente a tener en cuenta. Allí se consideró que: “las orientaciones de esta Sala se han centrado en el respeto por el principio de la territorialidad absoluta consignado dentro de nuestra legislación laboral en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, **lo cual no excluye la posibilidad de estudio de situaciones especiales en las cuales la atención de lo***

pactado por las partes del contrato de trabajo no represente una contradicción frente a las normas vigentes en el país o una trasgresión de las mismas, pues es admisible que dentro del respeto a ellas, se incluyan pactos derivados de la aplicación de legislaciones foráneas que no vulneren los principios y preceptos propios de la nuestra. (...). Pero resulta que tal planteamiento es diametralmente contrario a la aplicación de las normas sobre contratación laboral ya que ellas son de orden público y obligan a los contratantes por encima de lo que ellos pacten, de modo que no se pueden desconocer los derechos previstos en la ley en favor del trabajador y solo son admisibles los pactos entre las partes que se ajusten a los postulados de la misma o mejoren las condiciones que ella contempla como elemento mínimo protector del empleado. (subrayado y negrilla propias de texto).

(...)

En el ámbito internacional, la Convención de Roma, suscrita el 19 de junio de 1980, y que entró en vigor en los países de la antigua comunidad europea el 1° de abril de 1991, aunque no es vigente en Colombia, se ocupó del tema de ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ella contiene normas especiales que consideraron como partes “débiles” en tal relación a los consumidores y a los trabajadores (artículos 5 y 6), y estableció que la escogencia de una ley por las partes del contrato, no podía privar, verbi gracia al trabajador, de la protección de las disposiciones normativas que le serían normalmente aplicables. Así lo recalcó:

“Art. 6. Contrato individual de trabajo. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

“ 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país. “

Así mismo, la Convención sobre Derecho Internacional Privado, de La Habana, del 20 de febrero de 1928, suscrita por Colombia, conocida como el Código Bustamante, en su artículo 175 previó que “son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público (...)”.

(...)

Traídas así las cosas, considera esta Corte como viable que las partes firmantes de un contrato de trabajo (Embajada- Trabajador), acuerden que cualquier diferencia surgida con relación a la prestación del servicio, derivado de ese contrato, sea definido conforme a las leyes del país contratante. Sin embargo, es claro que, bajo tal circunstancia, la ley extranjera aplicable, si con ella se pretende probar, debe aportarse al proceso bajo las ritualidades previstas en las normas procesales vigentes en Colombia.

Ahora bien, no podrá dejarse de lado, que siempre que se alegue la existencia de legislación extranjera, y se allegue como tal, será ejercicio obligado del juez laboral comparar si ésta, por lo menos, no desconoce los principios y derechos mínimos de los trabajadores colombianos.”

- **Radicado 42741 del 8 mayo 2013:**

*“... sobre el punto lo que ha dicho la jurisprudencia de esta Sala de la Corte es que, en cuanto al principio “lex loci solutionis”, consagrado en el artículo 2 del CST, **los efectos del contrato de trabajo deben regirse por la ley del lugar donde la labor se haya cumplido**, pero son las circunstancias de cada caso en particular las que determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación del estatuto laboral colombiano o si, por el contrario, se encuentra excluido del mismo.*

Así se sostuvo por ejemplo en la sentencia del 28 de octubre de 1999, radicación 11243, ratificada entre otras por las sentencias del 27 de agosto de 2011, radicación 18611, 1 de julio de 2004, radicación 221128 y 25 de noviembre de 2004, radicación 22455, donde se dijo:

“Cuando el ataque se orienta por la vía de puro derecho, la impugnación debe mostrar conformidad con todos los hechos que el ad quem dio por establecidos. En el sub examine, la tesis jurídica del Tribunal en cuanto a la aplicabilidad de la legislación laboral Colombiana se funda en hechos y circunstancias muy particulares que le llevaron al convencimiento de que se encontraba ante una excepción al principio de la territorialidad de la ley laboral. El recurrente dice que no discute esas individualidades porque lo único que interesa es que mientras el actor prestaba servicio en el exterior “dejó de ser habitante de Colombia y pasó a habitar en el Japón, hecho escueto, fundamental y determinante que el Tribunal no niega” y que es suficiente para que se configure con toda claridad la violación del artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo por desacato a la territorialidad de la ley colombiana allí consagrada.

La norma antes citada establece efectivamente que el Código Sustantivo del Trabajo “rige en todo el Territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”. Es dable entender, entonces, en sana lógica, que el indicado precepto regula las relaciones dadas entre trabajadores y empleadores cumplidas en territorio colombiano. A contrario sensu, excluye de su ordenamiento los nexos de trabajo dados en el exterior.

*Pero, también ha dicho esta Sala de la Corte que respecto a la “lex loci solutionis” - principio consagrado en el transcrito artículo, que se traduce en que **los efectos del contrato de trabajo deben regirse por la ley del lugar donde la labor se haya cumplido**-, su exégesis no puede llevar al extremo de que algunas relaciones de trabajo, originadas en Colombia entre colombianos, íntimamente vinculadas a la normatividad de este país, que bajo especialísimas condiciones se cumplen en el exterior, queden por fuera del ordenamiento laboral colombiano.*

*De ahí que esta Sala de la Corte ha aceptado que **son las circunstancias particulares las que en cada caso determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación del estatuto laboral colombiano o si, por el contrario, se encuentra excluido del mismo.** (...)” (negrillas fuera de texto)*

- **Radicación 46856 del 22 de marzo del 2017:**

“ (...) su línea de pensamiento ha sido la de aplicar la legislación de trabajo del país a trabajadores colombianos que prestan sus servicios personales en el extranjero, sólo siempre y cuando la subordinación jurídica propia del contrato laboral, se continúe ejerciendo por el empleador desde Colombia, o las partes de ese vínculo expresen con claridad su voluntad de mantener el ligamen que venían desarrollando en Colombia, si el contrato empezó a ejecutarse en su territorio, lo cual significa que para la Corporación, como lo infirió el Tribunal con acierto de su jurisprudencia, el lugar desde el cual se ejerce la potestad de sometimiento jurídico del trabajador al empleador, en casos como el sub lite, que es el de un trabajador colombiano contratado en el extranjero para laborar en Colombia, así como el del trabajador colombiano que sirve laboralmente a una empresa, establecimiento o negocio en el extranjero, en cumplimiento de un nexo contractual laboral pactado en el país, es determinante para establecer

qué normativa laboral le es aplicable, como también lo es, se insiste, la expresión inequívoca de la voluntad de las partes, de mantener la relación que venían desarrollando.”

Conforme al anterior recuento jurisprudencial se tiene entonces que la regla general es la aplicación de la ley del estado donde se ejecute o desarrolle la labor, siendo la excepción la aplicación de las leyes extranjeras si se acreditare el sometimiento a las normas laborales del país contratante; advirtiéndose en el presente caso no fue desconocido por la pasiva que el señor ALI KOHAN HOSH NEJAD fue contratado por la EMBAJADA DE LA REPUBLICA ISLAMICA DE IRAN cuando se encontraba residenciado en Colombia, ejecutando sus labores en territorio Colombiano como empleado local para servicios logísticos, pues así se aceptó en las respuestas dadas en la contestación de la demanda a los hechos 2 a 4 (fls. 175 y 315), por manera que el presente asunto debe gobernarse por la legislación colombiana, tal como se definió en primera instancia, confirmándose en este punto el fallo de primer grado.

Precisándose si bien el demandante en su interrogatorio de parte (Cd. fl. 559, record: 9:53) señaló que cuando inició la contratación se le indicó que debía someterse a la legislación de Irán pero que con posterioridad ello le manifestaron lo contrario expresándole que su contrato se regía por la ley Colombiana, lo cierto es que dentro del presente litigio no obra prueba de tal pacto, en donde se aprecie la voluntad de las partes en cuanto a que en materia laboral la contratación se debía regular por las leyes de Irán, en tanto los documentos aportados por la accionada a folios 228, 229, 233, 237, 241, 242, 245, 247, 248, 250, 251, 253, 254, 256, 257, 259, 260, 262, 263, 265, 266, 268, 270, 272, 274, 276, 278, 280, 282, 285, 288, 292, 481, 482, 485, 486, 489, 490, 493, 494, 497, 498, 501, 502, 505, 506, 509, 510, 513, 514, 517, 520, 523, 526, 529, 532, 535, respecto de los cuales aduce corresponden a los contratos suscritos con el accionante, se encuentran en idioma extranjero y sus traducciones no se acompañan a lo dispuesto por el artículo 251 del Código General del Proceso³ pues no se acredita que tales traducciones se hubieren

³ **ARTÍCULO 251. DOCUMENTOS EN IDIOMA EXTRANJERO Y OTORGADOS EN EL EXTRANJERO.** Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.

efectuado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por un traductor designado por el Juez, ya que tan solo cuentan con un sello de “SEYED MOHAMMAD HOSSEINI ATACHE” desconociéndose la calidad que ostenta dicho suscriptor.

Además de ello y si bien el Ministerio de Relaciones exteriores indicó que “no se encontró registro alguno de Traductores Oficiales de los idiomas Farsi o Persa – Español – Farsi o Persa” (fl. 354), también lo es que en el comunicado del 23 de noviembre del 2016 a través del cual resuelve un derecho de petición del actor, dicho Ministerio dio los parámetros a seguir en caso de no existir traductor oficial en Colombia (ver folios 348 a 350), conforme lo indicaba la Resolución No. 3269 de 2016 “Por la cual se adopta el procedimiento para apostillar y/o legalizar documentos”, los cuales no fueron seguidos por el extremo demandado en aras de dar validez a la documental por ésta aportada.

Y solo en gracia de la discusión de entender que en los contratos se estipulo la aplicación de la norma de Irán brilla por su ausencia el contenido de tal legislación y tampoco fue allegada por la parte demandada conforme lo indica el artículo 177 del C.G.P.⁴ aplicable por remisión del artículo 145 del C.S.T., en

Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de este por el cónsul colombiano.

Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país.

⁴ **ARTÍCULO 177. PRUEBA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.** El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país.

También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente.

Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.

aras de poder determinar si esa norma extranjera, no desconoce los principios y derechos mínimos de los trabajadores colombianos, conforme lo indicó la CSJ SL en sentencia atrás citada Rad. 37321 del 18 de noviembre del 2009.

Dilucidado lo anterior, procede la Sala con el análisis de la inconformidad presentada por la parte actora respecto a la modalidad de contrato declarado por el *a quo*, en tanto insiste la apoderada del promotor del juicio en la alzada que el vínculo que ató a las partes correspondió fue a un contrato a término indefinido y no fijo.

En ese orden, para resolver, conviene memorar, el contrato a término fijo se encuentra regulado en el artículo 46 del C.S.T., el cual establece que este tipo de contratos debe constar siempre por escrito, fijando el término de duración del vínculo.

Bajo dicha precisión, y conforme a las consideraciones anteriormente expuestas en cuanto a que las traducciones de la documental aportada por la demandada carecen del requisito establecido en el artículo 251 del C.G.P., ha de considerarse dentro del presente asunto no se encuentra acreditado pacto dirigido a establecer la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, razón por la cual, a juicio de esta Sala, ante tal orfandad probatoria, se debe entender que la relación laboral entre las partes se rigió por un contrato de trabajo a término indefinido, conforme lo dispone el artículo 47 del C.S.T., en tanto señala expresamente que ante la falta de pacto entre las partes respecto de la duración del vínculo se tomara como indefinido, modificándose en este aspecto la sentencia apelada. Nótese además que a folio 37 del expediente obra certificación expedida por el demandada en la que se indica que el demandante *“se encuentra bajo vinculación laboral de carácter indefinido”*.

PARÁGRAFO. Cuando sea necesario se solicitará constancia de su vigencia.

Ahora en cuanto al **extremo inicial de la relación laboral** encuentra esta Corporación dentro del expediente diversas certificaciones expedidas por la pasiva, las cuales no fueron desconocidas ni tachadas de falsas por la parte accionada y en las que se indican como fecha de inicio de labores del actor las siguientes:

- Fl. 43 “desde 1985” / 13 de julio de 1992
- Fl. 42 “desde el año 1986” / 19 de noviembre de 1992
- Fl. 41 “desde 1986” / 19 de octubre de 1993
- Fl. 40 “desde el año 1986” / 10 de diciembre de 1997
- Fl. 39 “desde el año 1986” / 13 de febrero del 2003
- Fl. 38 “desde el año 1986” / 10 de abril del 2006
- Fl. 37 “desde el año 1985” / 29 de octubre del 2007
- Fl. 33 “desde el año 1985” / 16 de septiembre del 2014
- Fl. 32 “desde el año 1985” / 19 de febrero del 2015

De este modo se tiene que tanto la primera certificación expedida al demandante el día 13 de julio de 1992 (fl. 43) como la última del 19 de febrero del año 2015 (fl. 32), señalan que el vínculo laboral del actor inició en el año 1985, lo cual se reitera en las expedidas en los años 2007 y 2014 (fls. 37 y 339), razón por la cual será ésta calenda la que se ha de entender como de extremo inicial de la relación laboral, pues las que citan una anualidad posterior no tienen entidad suficiente para desvanecer la cita del extremo inicial que data desde 1985.

Téngase en cuenta, en lo que atañe a la valoración de las certificaciones laborales, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado como en sentencia del 27 de junio de 2018, SL 2600-2018, dentro de la radicación N.º 69175 donde reitero lo expuesto en las sentencias SL 14426 de 2014 y SL 6621 de 2017, en los siguientes términos:

“...esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la

existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida...”

Al tenor del pronunciamiento en cita las certificaciones expedidas por la traída a juicio antes referida (fls. 43 y 32), tienen el mérito suficiente para demostrar los hechos que en ella se hacen constar, pues de otra manera no podría explicarse que una persona ya sea natural o jurídica haga atestaciones en un documento que tiene el talante de comprometer su responsabilidad patrimonial y personal, y en todo caso, de haberse certificado hechos que no corresponden a la realidad, sería a la parte demandada a quien le correspondería probar de manera irrefutable tal circunstancia, y en este punto, se evidencia como ya se indicó que la pasiva no desvirtuó el contenido de la certificación, brillando por su ausencia medios de convicción que se hubiese aportado con ese propósito.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el actor inicio labores en el año de 1985, sin embargo, no hay certeza frente al día ni mes, y en ese orden, ante la inexistencia de una prueba fehaciente, pues tan solo obra la manifestación del actor en el hecho primero de la demanda (fl. 175 21 de noviembre de 1985), resulta acertado concluir que el extremo inicial de la relación laboral corresponde al último mes y último día en el que se evidencio que el actor prestó sus servicios esto es el **31 de diciembre de 1985**, en virtud de la postura de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual se halla entre otras en sentencia del 28 de abril de 2009 radicado 33849⁵, la del 6 de marzo de 2012

⁵ Por otra parte, respecto de los extremos temporales de la relación laboral, ha sido criterio de esta Sala que cuando **no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo, pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado el trabajador haya servido**, tal como se dejó sentado en sentencia del 22 de marzo de 2006 radicado 25580, en la que se sostuvo:

“(.....) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la

radicado 42167 y la SL 905 de 2013 radicado 37865, en las que se ratifica la postura sentada desde el 22 de marzo de 2006 bajo el radicado 25580, consistente en que “...cuando no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo, pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado el trabajador haya servido...”, modificándose igualmente en este punto el fallo de primera instancia.

Respecto del reconocimiento y pago de la **pensión sanción** ésta se encuentra regulada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 el cual señala:

“ARTÍCULO 133. PENSIÓN SANCIÓN. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.

PARÁGRAFO 1o. *Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.*

PARÁGRAFO 2o. *Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.”*

Entonces, según el texto transcrito, además de la falta de afiliación al sistema y del despido sin justa causa, quien aspire a la prestación allí consagrada debe

cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000” (resalta la Sala)

acreditar el desempeño de labores para el mismo empleador por un lapso mínimo de 10 años, coligiéndose con esta normativa se impone la obligación de pagar la pensión a aquel empleador que se ha beneficiado de la actividad personal del trabajador por el lapso que dispuso el legislador, con total omisión del aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en perjuicio del derecho constitucional a la seguridad social.

Sobre esta normativa la máxima Corporación ha expresado que *“ningún trabajador que obligatoriamente deba ser afiliado al sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida puede quedar excluido impunemente del mismo como consecuencia de la omisión patronal en el aseguramiento, so pena de tener que pagar la pensión-sanción, si se dan los demás presupuestos exigidos en la norma transcrita”*. (CSJ SL, 17 mayo del 2004, rad. 22945).

En este orden de ideas, se advierte contrario a lo afirmado en primera instancia, dentro de la Litis no se probó que el demandante hubiese sido afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien a folios 139, 140 y 145 se aportaron por la propia parte actora planillas de pago al sistema PILA para los meses de marzo y mayo del año 2014, lo que de allí se puede extraer es que únicamente se afilió al actor en salud pues conforme se indica a folio 145 en la casilla de PENSIONES no tenía ninguna AFP razón por la cual el aporte a pensión fue de cero pesos, además de ello a folio 357 COLFONDOS emite respuesta al accionante indicando que tan solo se encuentra afiliado al Fondo de Pensión Voluntaria Class Inversión desde el 22 de marzo del 2005 cuyos pagos fueron efectuados por consignación directa del accionante, aportes voluntarios que en manera alguna suplen el pago de la pensión obligatoria que tenía a su cargo el empleador del demandante.

De esta manera, se tiene que el actor laboró al servicio de la EMBAJADA DE IRAN del 31 de diciembre de 1985 al 19 de junio de 2016 (fecha no apelada por las partes), esto es, por espacio de 30 años, 5 meses y 18 días, equivalentes a 10970 días o 1567 semanas, igualmente se acreditó dentro del presente litigio que fue despedido sin justa causa por parte de su empleador pues conforme se consideró en primera instancia los motivos señalados en la misiva de terminación (fls. 30 y 548) no obedecen a una justa causa contemplada en la ley

(circunstancia no objetaba ante esta instancia), cumpliéndose así los requisitos establecidos por el citado artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión sanción, la cual se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE, tal como lo dispone el inciso tercero de la citada norma.

Lo anterior, dado que se acreditaron los requisitos establecidos para acceder a la pensión sanción, precisándose como quiera que esta pretensión la solicita de manera principal (ver fl. 179 vto pretensión décimo tercera), siendo negada por el juzgado, otorgando la subsidiaria, lo que se sigue en consecuencia es la revocatoria del anhelo subsidiario como lo fue el cálculo actuarial, para en su lugar impartir condena por concepto de la pensión sanción, sin que le sea dable a la Sala escoger, máxime cuando en la apelación se insiste en la pretensión principal.

En consecuencia, la pensión sanción se reconocerá a partir de la fecha del despido –19 de junio del 2016- pues el actor alcanzo los 55 años de edad exigidos por la norma en el año 2010 (nació el 5 de mayo de 1955 fl. 23), teniendo en cuenta la tasa de reemplazo que se obtenga de realizar las operaciones aritméticas establecidas en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, en atención a que el accionante acreditó cotizaciones superiores a las 1300 semanas exigidas por el artículo 33 ibídem para el año 2016 (fecha de despido).

En este orden de ideas, una vez efectuados los cálculos matemáticos por el grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura y que hacen parte íntegra de esta sentencia, conforme a los salarios establecidos en primera instancia (no objeto de apelación) y que se encuentran visibles a folio 564 del expediente, se obtiene como IBL de los 10 últimos años (2006 a 2016) la suma de \$7.164.939,89 que al aplicarle la tasa del 67,80%⁶ arroja como primera

6

IBL / SMMLV	\$7.164.939,89 / \$ 689.454	10,39
SMMLV * 0,50	10,39 * 0,50	5,20
TR :	65,5 - 5,20	60,3
SEMANAS ADICIONALES A 1300	250 / 50 * 1,5	7,5
TASA DE REMPLAZO	67,80	

mesada pensional para el año 2016 **\$4.858.108,89⁷** y en este sentido se proferirá la condena, concretando como valor de retroactivo adeudado del 19 de junio del 2016 al 30 de agosto del 2020 la suma de \$289.802.759,95⁸ el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de su pago.

Frente a la **reliquidación de prestaciones**, considera ésta Sala de decisión la modalidad contractual aquí definida (contrato a término indefinido) no varía la forma en que se obtuvo el valor por intereses a las cesantías y prima de servicios.

No obstante, en relación con las **cesantías**, atendiendo a que el promotor del litigio se vinculó por contrato de trabajo antes del 1º de enero de 1991, pues su relación laboral inició el 31 de diciembre de 1985 tal como se definió en líneas anteriores, resulta acreedor de la liquidación de las cesantías a través del sistema tradicional o cesantías retroactivas que era el que operaba antes de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, y más cuando no obra prueba de haberse acogido al sistema de liquidación anual, momento en el cual el empleador pagaba dicha prestación social con base en el último salario

7

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2006	191	84,103	126,15	1,500	\$ 4.296.537,00	\$ 6.444.554	\$ 41.030.330
2007	360	87,869	126,15	1,436	\$ 3.988.119,00	\$ 5.725.560	\$ 68.706.720
2008	360	92,872	126,15	1,358	\$ 5.502.196,00	\$ 7.473.694	\$ 89.684.331
2009	360	100,000	126,15	1,261	\$ 5.400.000,00	\$ 6.812.070	\$ 81.744.844
2010	360	102,002	126,15	1,237	\$ 5.400.000,00	\$ 6.678.382	\$ 80.140.583
2011	360	105,237	126,15	1,199	\$ 6.500.000,00	\$ 7.791.701	\$ 93.500.411
2012	360	109,157	126,15	1,156	\$ 6.500.000,00	\$ 7.511.826	\$ 90.141.915
2013	360	111,816	126,15	1,128	\$ 6.500.000,00	\$ 7.333.237	\$ 87.998.840
2014	360	113,983	126,15	1,107	\$ 7.150.000,00	\$ 7.913.217	\$ 94.958.602
2015	360	118,152	126,15	1,068	\$ 7.150.000,00	\$ 7.633.990	\$ 91.607.879
2016	169	126,149	126,15	1,000	\$ 7.150.000,00	\$ 7.150.000	\$ 40.278.333
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2016	\$ 859.792.787
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 7.164.939,89
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					67,80%
		Primera mesada					\$ 4.858.108,89
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2016	\$ 689.454,00

8

Tabla Retroactivo PENSIONAL					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
19/06/16	31/12/16	6,77%	\$ 4.858.108,89	7,40	\$ 35.950.006
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 5.137.450,00	13,00	\$ 66.786.850
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.347.571,71	13,00	\$ 69.518.432
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 5.517.624,49	13,00	\$ 71.729.118
01/01/20	30/08/20	3,80%	\$ 5.727.294,22	8,00	\$ 45.818.354
Total retroactivo					\$ 289.802.759,95

devengado y durante toda la vigencia de la relación laboral, por ende y como quiera que este aspecto fue objeto de apelación pues la recurrente en la alzada señaló “*el actor pertenece al régimen retroactivo*”, se liquidarían conforme se solicita, teniendo en cuenta todo el tiempo de labor del actor y el último salario devengado, de la siguiente manera:

-Tiempo laborado: 31/12/1985 a 19/06/2016 = 10.970 días

- Ultimo salario mensual: \$7.150.000 (no vario desde el año 2014)

Fórmula general = (Salario mensual de base x No. de días trabajados) / 360

$$\$7.150.000 \times 10.970 / 360 = \underline{\underline{\$217.876.389}}$$

De acuerdo a tal cálculo, se modificará la condena impuesta en primer grado, dado que el Juez liquidó esta prestación social de forma anual, correspondiéndole al actor el derecho a la liquidación de las cesantías de manera retroactiva, como al inició se explicó.

Por otro lado, en lo relacionado con **la indemnización por despido sin justa causa** respecto de la cual solicita el demandante en la alzada su reliquidación en atención a que el vínculo que rigió a las partes lo fue a término indefinido, tal como aquí se definió, ha de recordarse conforme lo establece el artículo 64 del C.S.T. para contratos a término indefinido de trabajadores que al momento de entrar en vigencia la Ley 789 del 2002 (27 de diciembre del 2002) tuvieron 10 o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicara la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6 de la ley 50 de 1990⁹ y como quiera que el demandante superó para el 27 de diciembre del

⁹ ARTÍCULO 6°. El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 8o del Decreto-ley 2351 de 1965 quedará así:

Artículo 64. Terminación unilateral del contrato sin justa causa.

(...)

4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:

a) Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año;

2002 los 10 años establecidos pues del 31/12/1985 al 27/12/2002 había laborado 16 años, 11 meses y 26 días, resulta procedente liquidar esta indemnización teniendo en cuenta 45 días por el primer año y 40 días por los siguientes, teniendo en cuenta para ello el último salario devengado el cual ascendió a \$7.150.000 mensuales y \$238.333 diarios.

La indemnización entonces por 30 años, 5 meses y 18 días de labores corresponderá a:

Por el primer año: 45 días

Por los 29 años subsiguientes (29 x 40): 1160

Por la fracción (5 meses y 18 días o 168 días): 18, 66¹⁰

Total: 1223,66 días de indemnización x \$238.333 = **\$291.638.558**

Modificándose el valor de la condena impuesta en primer grado.

Los intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones no se reliquidaran ya que frente a estas operó el fenómeno de la prescripción dispuesto por el a quo y no fue tema de apelación.

Finalmente y en relación con el reconocimiento de la **sanción por no pago de los intereses a las cesantías** regulados en el numeral 3 del artículo 2 de la ley 52 de 1975 e **indemnización moratoria** por el no pago de las prestaciones sociales (artículo 65 C.S.T), se hace necesario tener presente que, en materia de las indemnizaciones no existe un único racero que indique objetivamente en qué casos el actuar del empleador incumplido es de buena o de mala fe, lo que sólo se vislumbra del análisis particular de cada proceso y sobre el conjunto de las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, y en ese orden se tiene si

b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;

c) Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y

d) Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.

¹⁰ 168 días x 40 / 360 = 18,66

bien no hubo pago de acreencias laborales, lo cierto es que en verdad se advierte el convencimiento de la EMBAJADA DE LA REPUBLICA ISLAMICA DE IRAN de estar ejecutando un contrato bajo las normas de su país y no por las leyes laborales que para este caso deben imponerse, pues incluso dicha circunstancia fue expuesta por el actor en su interrogatorio de parte al referir que la accionada al inicio de la relación laboral así se lo indicó, razón por la cual el argumento de defensa de la traída a juicio durante todo el proceso se orientó en tal sentido, situación que en su criterio, la exoneraba del pago de las prestaciones sociales derivadas de un contrato de trabajo regido por la ley Colombiana y fue así como se comportó durante toda la relación contractual, sin haber desconocido en manera alguna el valor de la remuneración pactada, pues realizó los pagos que a su entender, eran los legales, conforme a las condiciones pactadas.

No es desdeñable la posición de la enjuiciada al resistirse a pagar las prestaciones sociales del actor pues como se dejó evidenciado, tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, no compartidos por esta corporación a la luz de las leyes del trabajo, pero atendibles a fin de exonerarlo del pago de las condenas estudiadas en este punto por no encontrarse acreditada su mala fe, razones que llevan a esta Sala de decisión a confirmar en este punto la decisión de primer grado.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la modificación y adición de la sentencia recurrida en lo que tiene que ver con la modalidad del contrato, la fecha inicial de éste, el reconocimiento de la pensión sanción y la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa y cesantías, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **PRIMERO** del fallo apelado, en cuanto a que el contrato que rigió entre ALI KOHAN HOSH NEJAD y la EMBAJADA DE LA REPUBLICA ISLAMICA DE IRAN EN COLOMBIA lo fue a **término indefinido** cuyo extremo inicial fue el **31 de diciembre de 1985**, confirmándose en los demás lo expuesto en dicho numeral.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal **B y F** del numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la accionada a pagar al demandante por concepto de **AUXILIO DE CESANTÍAS** la suma de **\$217.876.389** y por **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA** **\$291.638.558**.

TERCERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primer grado y en su lugar condenar a EMBAJADA DE LA REPUBLICA ISLAMICA DE IRAN EN COLOMBIA, a reconocer y pagar al accionante la **PENSIÓN SANCIÓN** a partir del **19 de junio del 2016**, teniendo en cuenta como primera mesada pensional la suma de **\$4.858.108,89**, concretando como valor de retroactivo adeudado del 19 de junio del 2016 al 30 de agosto del 2020 la suma de **\$289.802.759,95** el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de su pago.


CUARTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CESAR AUGUSTO LUNA MATAMOROS CONTRA IG COLOMBIA S.A. (RAD. 36 2012 00533 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Dentro del término otorgado a las partes mediante auto calendado seis (6) de julio de 2020, notificado por estados el 7 siguiente, la demandada presentó sus alegaciones finales (folios 570 a 583) no así la parte actora, quien solo hasta el 13 de agosto de los corrientes presentó ante esta Corporación sus alegatos de instancia, esto es de manera extemporánea (folios 584 a 588).

Surtido lo anterior, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de agosto de 2019 (Cd. folio 558, récord 38:59, audio 4, acta a folio 559), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor CESAR AUGUSTO LUNA MATAMOROS, y la empresa IG COLOMBIA S.A., existió un contrato de prestación de servicios entre el 1 de marzo de 2011 y el 1 de marzo de 2012.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad encartada a pagar al actor la suma de \$253.286, por comisiones.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad demandada a pagar intereses moratorios desde el 2 de octubre de 2012, de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio a la tasa máxima legal establecida por la Superintendencia Financiera, hasta el momento en el que se efectúe el pago.

CUARTO: ABSOLVER a la accionada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a la demandada, liquídense con la suma de \$100.000, como agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, aludiendo, no entiende cómo se tuvo en cuenta el dictamen pericial para establecer los costos, experticia que pide se evalúe en esta instancia, exigiendo a la demandada actúe de buena fe y presente los documentos que le corresponde, de manera transparente.

Por otro lado, señala, desconoce el Despacho que la nacionalización de los DVD'S IG-D504 se dio en el año 2012, por lo que en su sentir es claro, la negociación, la oferta comercial de diciembre de 2011 sí surtió efectos.

Además, indica, no puede liquidarse todo lo que se hizo en el año 2011 con los porcentajes establecidos en el otrosí de 4 de octubre de 2011, pues allí no quedó dicho que tal modificación empezaría a regir desde el inicio del contrato, sino que su aplicación puede ser perfectamente desde el 5 de octubre de 2011, cuestionándose qué pasa con las comisiones por ventas hechas entre el inicio del contrato y la fecha anterior a la firma del otrosí.

De otra parte, dice, no entiende cómo pueden tenerse en cuenta los productos dañados e interroga si estos son pérdida para el contratante o si no los reclama al fabricante.

Refiere, no se probaron los gastos de administración con base en los cuales se liquidaron las comisiones para determinar el valor neto.

Por último, expresa “*el sustento se hará con base en los interrogatorios presentados y en los mails, donde efectivamente el señor Cesar Luna, si tenía derecho a las comisiones*” solicitando a esta Corporación, se compulsen copias al perito y se investigue el procedimiento de la demandada¹ (Cd. folio 558, récord 38:59, audio 4, acta a folio 559).

¹ “Dra., escuchada la extensa sentencia, me permito presentar recurso de apelación que se sustentara en su debido momento, ante el superior, pues la reforzaré.

Teniendo en cuenta, el vergonzoso dictamen pericial presentado, es sorprendente saber que se tiene en cuenta los números presentados por el perito para determinar de esa manera los costos, razón por la cual, se

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CESAR AUGUSTO LUNA MATAMOROS, en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 2 a 5, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 5 a 16, encaminadas a que se declare que entre las partes existió un contrato independiente de prestación de servicios de venta entre el 1 de marzo de 2011 y el 1 de marzo de 2012. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor los valores correspondientes a las comisiones por las ventas y los recaudos hechos dentro de la vigencia del contrato y con posterioridad a su terminación, así: a) por ventas la suma de \$337.497.724 que corresponden al 10% del valor de las ventas hechas a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. (CARREFOUR) de 25.000 DVD referencia IG-D503, 6.549 unidades de juguetería, 2.678 unidades de teatros en casa, 30.000 unidades de DVD referencia IG-D504, a C&F INTERNATIONAL S.A. (AMELISSA) de 11.846 unidades de SPEAKER, 17.221 unidades de MP3- Reproductor musical, a DANNY VENTA DIRECTA de 200 unidades de teatros en casa, a la Cooperativa Comerciantes de San Victorino COOMERSANV de juguetería por \$10.027.353. b) por recaudo la suma de \$288.940.288 discriminados así:

considera importante, ya sea en segunda instancia, se evalúe el dictamen pericial presentado y se le exija a la parte demandada, actúe de buena fe, presentando los documentos que tiene que ser de manera transparente. Por otro lado, desconoce el despacho que la negociación sobre los DVD's IG-D504 se nacionalizaron en el año 2012, lo que quiere decir, que efectivamente la negociación, es decir, la oferta comercial de diciembre de 2011 si surtió efectos, no es desconocido y eso lo dice el famosísimo dictamen pericial, de todos modos no hay lugar y no se puede pretender liquidar todo lo que se hizo en el año 2011 con la tarifa, con los porcentajes que se determinaron con el otro sí, del 4 de octubre de 2011, toda vez que ese otro sí, no dice que la liquidación en esos porcentajes corre desde el inicio de su contrato sino puede ser perfectamente desde el 5 de octubre de 2011, entonces que pasa con las ventas hechas entre marzo y octubre del año 2011, ¿se van a liquidar sobre esa tarifa?.

Cómo es posible que se tengan en cuenta, los productos dañados, acaso son perdida para el contratante, él no reclama ante el fabricante esos productos, son pérdidas para él, él los declara como perdida, o hace una reclamación de garantía. Esa siempre ha sido una duda que se resolvió desde el momento de los interrogatorios de parte.

No se probaron los gastos de administración, con base en los cuales se liquidaron las comisiones para determinar el valor neto.

Finalmente, el sustento se hará con base en los interrogatorios presentados y en los mails, donde efectivamente el señor Cesar Luna, si tenía derecho a todas las comisiones, solicito finalmente, compulsar copias al perito de la Justicia y se investigue el procedimiento de la parte demandada, en todo el comportamiento respecto del dictamen pericial presentado. En este sentido dejo presentada mi apelación por ahora."

l) \$161.273.248, por recaudos hechos durante la vigencia del contrato, que se clasifican a su vez así:

- Recaudo hecho a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A (CARREFOUR) por venta de \$576.531.846 por DVD IGD-503, utilidad de \$145.542.952 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad del 25.5%. Valor de comisión del 7.5% según tabla convenida la suma de \$43.239.888
- Recaudo hecho a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A (CARREFOUR) por venta de \$204.679.728 por DVD IGD-503, utilidad de \$54.452.908 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad del 26.6%. Valor de comisión del 8% según tabla convenida la suma de \$16.374.378
- Recaudo hecho a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A (CARREFOUR) por venta de \$176.719.746 por DVD IGD-503, utilidad de \$25.122.787 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad del 14.22%. Valor de comisión del 5% según tabla convenida la suma de \$8.835.987.
- Recaudo hecho a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A (CARREFOUR) por venta de \$156.887.280 por TEATROS EN CASA, utilidad de \$36.751.222 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad del 23.43%. Valor de comisión del 6.5% según tabla convenida la suma de \$10.197.673
- Recaudo hecho a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A (CARREFOUR) por venta de \$221.359.287 por JUGUETERIA, utilidad de \$51.175.986 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad del 23%. Valor de comisión del 6.5% según tabla convenida la suma de \$14.388.354.
- Recaudo hecho a COOPERATIVA COMERCIANTES DE SAN VICTORINO por venta de \$10.027.353 por JUGUETERIA, utilidad de \$1.830.428 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad del 18%. Valor de comisión del 5% según tabla convenida la suma de \$501.368.
- Recaudo hecho a C&F INTERNNATIONAL S.A (AMELISSA) por venta de \$307.996.000 por SPEAKER-PARLANTES, utilidad de \$129.578.289 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad

del 41%. Valor de comisión del 10% según tabla convenida la suma de \$30.799.600.

- Recaudo hecho a C&F INTERNNATIONAL S.A (AMELISSA) por venta de \$315.360.000 por MP3 reproductor musical, utilidad de \$109.923.236 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad del 34.975%. Valor de comisión del 10% según tabla convenida la suma de \$31.536.000.
- Recaudo hecho a C&F INTERNNATIONAL S.A (AMELISSA) por venta de \$60.000.000 por MP3 reproductor musical, utilidad de \$17.231.976 para IG COLOMBIA S.A, con margen de rentabilidad del 28.72%. Valor de comisión del 9% según tabla convenida la suma de \$5.400.000.

II) \$127.667.040, por recaudos correspondientes a ventas hechas durante la vigencia del contrato, pero pagadas por el cliente con posterioridad a su terminación, discriminados así:

- Recaudo por la venta hecha a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. – CARREFOUR de 1.400 unidades de TEATROS EN CASA por valor de \$171.864.000 con una utilidad para IG COLOMBIA S.A. de \$40.259.555, con un margen de rentabilidad del 23.43%, valor de esta comisión es del 6,5%, según tabla convenida, la suma de \$11.171.160.
- Recaudo por la venta hecha a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. -CARREFOUR de 30.000 unidades de DVD IGD504 por valor de \$1.149.000.000 con una utilidad para IG COLOMBIA S.A. de \$371.830.408 con margen de rentabilidad del 32.86%, valor de esta comisión es del 10% según tabla convenida, la suma de \$114.900.000.
- Recaudo por la venta hecha a EMPRESA DANNY VENTA DIRECTA S.A. de 200 unidades de TEATROS EN CASA por valor de \$24.552.000, con una utilidad para IG COLOMBIA S.A. de \$5.751.365 con margen de rentabilidad del 23,43%. Valor de esta comisión según tabla convenida la suma de \$1.595.880.

De las anteriores cifras, pidió descontar la suma de \$139.240.516 que le fueron canceladas entre el 1 de marzo de 2011 y el 1 de marzo de 2012. Pretende

igualmente, se condene al pago de intereses moratorios sobre los rubros ordenados, la indexación, las costas y los derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable**, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios vigente entre el 1 de marzo de 2011 y el 1 de marzo de 2012 y condenó a la demandada a pagar a favor del actor la suma de \$253.286 por comisiones, junto con los intereses moratorios contados a partir del 2 de octubre de 2012 en los términos del artículo 884 del Código de Comercio, a la tasa máxima legal establecida, absolviendo a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar, de conformidad con las cláusulas del contrato suscrito y el otrosí de 4 de octubre de 2011, así como atendiendo la forma en que se desarrolló el mismo, la labor del demandante correspondió a la consecución de los negocios y, con ello, a la venta de mercancías, pero no debió ejercer como tal una labor activa a efectos de recaudar el valor de estas, esto es, no estaba obligado a ejercer ninguna acción de cobro para obtener el pago, cosa distinta era que el pago de las comisiones estaba sujeta a una condición, que era recibir el dinero de la venta por parte del contratante.

En tal sentido se limitó a revisar únicamente los valores que se advertían en la demanda adeudados por concepto de comisiones por venta, precisando, no se tendría en cuenta el reclamo por \$337.497.724 correspondiente al 10% de las ventas, debido a que las partes modificaron la forma de establecer el monto de la comisión mediante otrosí, siendo la intención de estos ajustar a la realidad de los negocios el pago de las comisiones.

En ese orden, consideró con relación a los DVD referencia IG-D504, de conformidad con las pruebas y atendiendo lo previsto en los artículos 845 y 846 del Código de Comercio, que el negocio de venta con el cliente quedaba cerrado con la orden respectiva -de allí se derivaban las obligaciones entre la encartada y el cliente- y no simplemente con la firma de la oferta comercial, pues aunque en este último podían quedar plasmados los términos del negocio en cuanto a porcentaje de descuento, plazo de entrega en tienda y plazo de pago de la factura, allí mismo se estableció que la aceptación de la oferta se daba con la orden de compra. Así, dijo, la oferta comercial reflejaba la intención de comprar el producto, pero no correspondía a una aceptación.

En consonancia, estimó, las únicas comisiones a las que tenía derecho el actor, correspondían a la de las ventas que se perfeccionaron durante la vigencia del contrato esto es, las que estaban soportadas en órdenes de compra anteriores a marzo de 2012.

Con relación al monto, señaló la imposibilidad de acoger integralmente el dictamen pericial rendido dentro del proceso, empleándolo únicamente en lo atinente a los valores de las unidades vendidas y devueltas por el cliente en razón a diferentes causas que estaban soportadas en las notas crédito. Así, con relación a los costos de fletes, gastos de administración, entre otros, tuvo en cuenta las cifras acordadas por las partes para los negocios de los productos DVD IG-D503 adquirido por GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A.; MP3 IGS-308 y PARLANTE IGS-988 con C&F INTERNATIONAL que estaban contenidas en las cuentas de cobro presentadas por el demandante antes de la finalización del contrato. Así *“el despacho tomó de allí el valor unitario del producto, el valor facturado, las cantidades vendidas y los ítems “dañados” y promedió los costos, gastos 01, administración y flete. Luego aplicó dichos valores a los productos facturados que indicó el perito a folio 240 y 248 y obtuvo como resultado que la empresa adeudaba al momento de la presentación de la demanda la suma de \$4.508.239 y con el título de depósito judicial de folio 142, por la suma de \$4.254.953, se adeuda la suma de \$253.286”*.

Con relación a las demás ventas (teatros en casa y juguetería a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A y la juguetería a la COOPERATIVA DE COMERCIANTES DE SAN VICTORINO) refirió no contar con parámetros objetivos de los cuales pueda partir para efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, por cuanto el actor no cumplió con la carga de probar cuáles fueron los gastos que generó la operación, para obtener de allí la utilidad respecto de la cual las partes pactaron la comisión.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En esa dirección, se advierte, en el asunto no se presenta controversia frente a la existencia del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, el cual tuvo vigencia entre el 1 de marzo de 2011 y el 1 de marzo de 2012, situación que además de ser excluida del debate probatorio ante la ausencia de oposición de la pasiva respecto a la pretensión primera (folio 67), se constata con la documental de folios 24 a 25 y 27. Adicionalmente, tampoco se discute en esta instancia la suscripción de un otrosí al aludido contrato el 4 de octubre de 2011 en la cual se fijó una tabla de comisiones (folio 26).

Es importante anotar, en la sentencia apelada se estableció que las comisiones a las que tiene derecho el demandante en virtud de la relación contractual que lo ató con la demandada, lo son por ventas y no por recaudos, precisando, el pago de la comisión al actor estaba condicionada a que efectivamente se recaudara el importe de lo vendido, es decir, el demandante no devengaba dos comisiones por un mismo negocio jurídico, conclusión a la que arribó la juez de primer grado sin reparo alguno por el apelante.

En tal sentido, y atendiendo las inconformidades del recurrente, le corresponde a la Sala determinar: i) Si el demandante tiene derecho al pago de la comisión por la negociación de los DVD IG-D504 ii) Si las comisiones causadas en el año 2011 deben liquidarse con base en el contrato y/o el otrosí suscrito el 4 de octubre de 2011, iii) Si para efectos de establecer el monto de la comisión se pueden tener en cuenta los productos averiados, iv) Si se encuentran o no probados los gastos de administración y su incidencia en la liquidación efectuada por la *a quo* y v) Si existen inconsistencias en el dictamen pericial rendido.

Para resolver tales planteamientos, parte la Sala por señalar, con relación al producto DVD IG-D504, el demandante asegura haber realizado la venta de 30.000 unidades de este a la empresa GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. (CARREFOUR) por valor de \$1.149.000.000 (folio 7, hecho 11.1) y por tanto, tener derecho a la comisión por dicha venta, indicando además en la apelación, que la oferta comercial realizada en 2011 al cliente surtió efectos y por ello la nacionalización de los productos se hizo en el año 2012.

En orden a solventar dichos cuestionamientos, se requiere en el caso de autos, determinar cuándo se entiende realizada la venta y si ésta fue efectuada encontrándose en vigencia el contrato de prestación de servicios suscrito entre las

partes, para lo cual se analizará lo atinente a la oferta mercantil, precisiones que resultan importantes en punto a establecer si el convocante del litigio tiene derecho a comisión alguna por la venta del producto DVD referencia IG-D504.

La oferta mercantil se encuentra definida en la legislación comercial como un “*proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra*” (artículo 845 del Código de Comercio) que puede ser expresa -verbal o escrita- o tácita, la cual, en los términos de esa misma preceptiva deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Reunidos los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, la oferta comercial da lugar al nacimiento del contrato, una vez aceptada por el destinatario.

Ahora bien, no puede confundirse la oferta mercantil con cualquier invitación a emprender negociaciones, lo cual abarca múltiples posibilidades como avisos publicitarios y propagandísticos a los cuales el artículo 847 de ese mismo estatuto normativo niega obligatoriedad, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas que, en los términos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia “*apenas insinúan, como su nombre lo sugiere, el deseo serio y leal de querer contratar y que solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y de buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos*”².

En otros términos, la oferta ostenta unas características que la distinguen de tratativas, acuerdos prenegociales, invitaciones a negociar, etc. que forman parte de la etapa precontractual; y aún de la propaganda, la publicidad, las promociones

² CSJ SCC, sentencia 4 de abril de 2011, expediente 5716. En esa providencia continúa la Corte: “(...) la mera invitación “a ofrecer”, se perfila, por regla general, como la solicitud que una persona hace a otras determinadas o no, para que le formulen propuestas de un negocio jurídico en el cual está interesado. Se trata, pues, de anunciar la disposición que se tiene para atender las ofertas que otros hagan con miras a aceptar aquella que le resulte más provechosa e, inclusive, si ninguna resulta serlo, abstenerse de ajustar el contrato, modalidad de contratación cuyas ventajas son innegables en aquellos negocios jurídicos que están antecedidos de datos o diseños técnicos, pero que no obliga al invitante, quien desde esa perspectiva, está facultado para rechazar las proposiciones que reciba, sin desdeñar, por supuesto, los deberes de corrección y lealtad que incumben a todas las negociaciones preliminares.

No obstante que las cosas son del modo que viene de exponerse, también puede suceder que la invitación contenga la concluyente declaración del emisor de que innegablemente realizará el negocio jurídico con la mejor propuesta, evento en el cual, es preciso subrayarlo la convocatoria puede adquirir la naturaleza de una oferta. En otros términos, dada la certidumbre que el interesado le imprima a su invitación, puede ella concebirse, también, como una verdadera oferta en cuyo caso deberá este revelar su indeclinable intención contratar, manifestación que debe ser completa y comunicada al destinatario, de modo que su aceptación perfeccione el contrato”

dirigidas a personas indeterminadas, etc., a menos que eventualmente se infrinja el estatuto del consumidor, lo cual no es lo que ocurre en el examine.

Para la eficacia jurídica de la oferta, a voces de la Corte, esta

“(…) ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento” (CSJ SC 029-1995 del 8 de marzo de 1995, rad.4473, reiterada en CSJ SC 11815 de 2016).

En consonancia con lo que viene de decirse, si informada, la oferta es aceptada y así lo hace saber el destinatario de aquella sin condiciones y antes de que caduque, queda formado o perfeccionado el contrato al verificarse el acuerdo de voluntades, si este es consensual, como ocurre con la compraventa.

Frente a esto último, ha sostenido el órgano de cierre de esta jurisdicción, en su especialidad civil que

“(…) Del anterior precepto (C. Co., art 851) y de lo establecido en los artículos 846, 850 y 854 ejusdem, se desprende que, en tratándose de contratos meramente consensuales, en los que impera la libertad de forma, su perfeccionamiento requiere de la oferta o propuesta, debidamente comunicada al destinatario, sea aceptada por este, expresa o tácitamente (...) y que, si se está en presencia de contratos en los que se exija una forma específica para su perfeccionamiento - solemnes o reales-, se deberán cumplir, además, las respectivas formalidades ad substantiam actus o deberá haberse verificado la correspondiente entrega de bienes, en su caso” (Negrillas de la Sala) (CSJ SCC, sentencia 26 de febrero de 2010, radicado 2001-00418)

La aceptación, para ser vinculante, debe darse a conocer al oferente, lo cual debe ocurrir, en caso de que la oferta haya sido escrita, “dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia” (artículo 851 del Código de Comercio) salvo que el solicitante haya

establecido otro plazo (artículo 853 C.Com³), advirtiendo, el silencio por parte del destinatario respecto a la oferta no implica que éste la hubiese aceptado tácitamente⁴, pues según el artículo 854 ejusdem, la aceptación tácita se estructura cuando el destinatario materialice su consentimiento a través de actos positivos que de manera inequívoca manifiesten su voluntad o permitan suponerla. En todo caso, la aceptación de la oferta mercantil no puede ser extemporánea ni con la formulación de reservas o condiciones, toda vez que el artículo 855 del Código de Comercio consagró que la aceptación que se realice de esa manera es constitutiva de una nueva oferta, en donde el destinatario adopta la condición de proponente y el oferente inicial se torna en destinatario.

Atendiendo lo expuesto y descendiendo al caso de autos, se tiene, al plenario se incorporó copia de un documento denominado “OFERTA COMERCIAL” (folio 53) que corresponde a una proforma en la que puede leerse:

“Esta oferta comercial de IG DE COLOMBIA (PRIMER PRECIO MARRON) NIT 860535482-3, en adelante el PROVEEDOR, a Grandes Superficies de Colombia S.A., en adelante Carrefour, contiene las condiciones comerciales generales, a partir del 01 de enero de 2009 y hasta una nueva negociación total o parcial, y se verán reflejadas en la(s) respectiva(s) orden(es) de compra emitidas con los códigos de proveedor relacionados a continuación Si Grandes Superficies de Colombia S.A. está de acuerdo con los términos de la presente oferta comercial, sírvase aceptarla mediante la emisión de la(s) correspondientes(s) orden(es) de compra, todo de conformidad con los formatos y procedimientos internos establecidos para el efecto
”

Tal legajo se encuentra suscrito únicamente por el señor Cesar Luna en calidad de “Gerente de Ventas” y en ella, además de lo transcrito, sólo se especifica lo atinente al “descuento fijo por consumo (RAPEL)”, a las condiciones de servicio en los que se establece el plazo máximo en días para la entrega en tienda una vez enviada la orden de compra y la condición de pago, estipulando que CARREFOUR pagará las facturas al proveedor en un plazo de 60 días a partir de la fecha de recibo a satisfacción de la factura. Es de advertir, allí no se especifican condiciones como producto y precio. Tal llamada “*oferta mercantil*” como se denomina el documento, a juicio de la Sala, en manera alguna constituye prueba de la venta de los DVD de referencia IG-D504, en tanto, además de las

³ ARTÍCULO 853. <PLAZOS CONSENSUALES>. Las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta o ésta contenerlos.

⁴ Sentencia SC054-2015, radicado 11001310304420100039901 del 26 de enero del 2015 “el silencio por parte del destinatario respecto a la oferta no implica que éste la hubiese aceptado tácitamente, toda vez que la mudez de la persona no significa consentir la relación contractual.”

inconsistencias advertidas en la fecha que quedó plasmada, pues dentro del texto se dejó dicho “1 de enero de 2009” y en el encabezado se indicó 2011, lo cierto es que no cumple con las exigencias previstas en el artículo 845 del Código de Comercio porque en ella no están contenidos los elementos esenciales del negocio jurídico a celebrar.

Ahora bien, con ese documento –“oferta comercial” se acompañó “anexo otrosí, a oferta comercial del 2011” sin fecha (folio 54), que cuenta con rúbricas en el espacio destinado para GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. y el proveedor IG COLOMBIA S.A. -Rafael Triviño Mendoza, Gerente General-, y en este se acordó:

“Se firmar (sic) otro SI (sic), para la oferta comercial firmada en 2011, donde se establece el nuevo modelo exclusivo para Carrefour, a comercializar en 2012, en el rango de primer precio, categoría DVD. Nuevo modelo de DVD IG : Referencia IG-D504 . Características Técnicas: DVD player, Fully compatible with DVD, MP4, VCD, DVCD, Video, ML, MR, Zooming in Fuction, PAL/NTSC dual system Compatible. Slow/Time/ Programmed/ Memory/Playback. Volumen and Mute Control.Accessory:E-Remote control.AV Cable.IM.

Costo: \$38.300 Pesos.

PVP: \$49.900 Pesos.

El plan de compras del 2012. Se establecerá de la siguiente manera:

Año 2012	Cantidades	Contenedor
ENERO	0	-
FEBRERO	5.900	20"
MARZO	0	-
ABRIL	5.900	20"
MAYO	0	-
JUNIO	0	-
JULIO	0	-
AGOSTO	11.800	2X20"
SEPTIEMBRE		
OCTUBRE		
NOVIEMBRE	5.900	20"
DICIEMBRE		
	29.500	5 contenedores

La distribución que será enviada al proveedor IG , basándose en los stock y rotación de los productos.”

En el recuadro disponible para firma de GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. se estableció: “esta firma no constituye la aceptación de la oferta mercantil. Sirve exclusivamente como validación interna del destinatario de los términos comerciales de la oferta”. Se echa de menos en el plenario, aceptación de la referida oferta y, en todo caso, de admitirse el contenido del folio 53 ya citado, lo cierto es que ahí quedó claramente dicho que la aceptación se hacía a

través de las órdenes de compra respectivas. En los términos de las normas vistas de manera precedente, es claro que la oferta señalada (folios 53 y 54) no tiene la virtualidad de obligar a las partes, por lo que, ese instrumento tampoco resulta suficiente para acreditar la venta de los DVD referencia IG-D504, por parte del demandante.

Además de lo anterior, al plenario se incorporaron una serie de correos electrónicos relativos a la negociación de la nueva referencia de DVD (IG-D504) (folios 1 a 520, Cuaderno 1 de Anexos), de los cuales se destacan los siguientes:

- E-mail de fecha 13 de diciembre de 2011 (folios 129 y 421, Cuaderno 1 de anexos), por Cesar Luna a Rafael Alfonso Triviño Mendoza, representante legal de IG, en el que informa:

“Como le comenté por teléfono ; ya CARREFOUR definió la compra del DVD (la nueva referencia -30.000 und) para el año 2012, y me mandaron el acuerdo comercial para firmarlo y quieren que la primera entrega de DVD se haga a final de febrero.

Le mando el archivo con el acuerdo para que lo revise. Y ver si podemos firmarlo esta semana, porque ellos necesitan nuestra respuesta.

Ya le escribí a SAMBAO, renegociando el precio y ver cual es el mejor precio que nos dan. (...)

Sobre el mismo responde Rafael Triviño (folio 129) advirtiendo que para firmar deben estar en el 0,7% *“de lo contrario tenemos que hablar con el proveedor para que nos bajen el precio, o con el cliente para que nos deje subir el precio”*.

- Correo del 15 de diciembre de 2011 de Rafael Triviño, dirigido a César Luna en el que se le indica *“Solo cuando tengamos nuestra copia firmada procederemos a enviar el pedido , y a evolucionar con el tema de la congelación de los dólares”* (folio 133 A, cuaderno 1 Anexos).
- En correo del 19 de diciembre de 2011 (folio 151), Cesar Luna envía a Angela Vera de Carrefour el siguiente mensaje

“Con respecto al otro sí del contrato, y de acuerdo a nuestra reunión de esta mañana; te informo que el proveedor nos respondió que debido a las festividades de año nuevo Chino que inicia a mediados de Enero y se prolongará hasta la primera semana de Febrero. Y que por esta razón ellos nos embarcan a mediados de febrero.

Entonces, de acuerdo a la programación de entregas, te confirmo que la primera entrega de DVD (5.900 und) la estamos haciendo a finales de Marzo. Para que por favor la tengas en cuenta para que la fecha de entrega de la primera orden este entre 25-30 marzo 2012”

En esa misma fecha se envía al gerente de la demandada adjunto al correo, copia del acuerdo comercial de la programación del DVD para el 2012 (folio 425 cuaderno 1 anexos), firmado por IG y que corresponde al de folio 54.

- El 21 de diciembre de 2011, Rafael Triviño en correo le cuestiona a CESAR LUNA, con base un correo del 19 de diciembre cómo quedarían las entregas, señalando que quedarían pendiente de la nueva programación de entregas a CARREFOUR para programar los desembolsos y anticipos (folio 151 y 431, cuaderno 1 anexos). En respuesta, Cesar indica “*de acuerdo al correo de abajo las entregas quedarían: 1ª entrega marzo 2012. 2ª entrega mayo de 2012, 3ª entrega agosto de 2012 y 4ª entrega noviembre de 2012”* (folio 435, cuaderno 1 anexos)
- Correos cruzados el 27 de diciembre de 2011 entre Angela Vera (Carrefour) y Cesar Luna (demandante) y Cesar Luna con Rafael Triviño (Gerente IG) (folios 467 y 468 del cuaderno 1 anexos) en el que se lee lo siguiente (del más antiguo al más nuevo)

“(…)

De: César Luna

Para: Ángela Vera

Te confirmo que la primera entrega de la programación de los DVD IG ref. IG-504 para el próximo año; comenzaremos hacerla a mediados de Abril. Debido a que las fabricas inician año nuevo chino a mediados de Enero; la fábrica nos informa que el embarque lo hace después de finalizar el año nuevo.

Te agradezco me mandes un correo de respuesta confirmando que podemos entregarte a mediados de abril ; ten en cuenta estas fechas para la generación de la orden de compra (...)”

Martes, 27 de Diciembre de 2011 10:30 a.m.

De: Angela

Para: cesar.luna@igcolombia.com

Asunto: Re: 1ª ENTREGA DVD 2012

Hola Cesar

Ok, no tengo otra opción, lo importante es que alcancemos a tenerlos lo antes posible. Entonces la primera entrega la recibimos a mediados de Abril en la orden de compra aparecerá la fecha”

27 de diciembre de 2011 12:16:27

Hola Rafael:

Le remito el correo de confirmación, por parte de Angela Vera (Carrefour) aceptando la entrega del DVD a mediados de abril de 2012”

- Email del 8 de febrero de 2012 (folio 502, cuaderno 1 anexos)

De: Cesar Luna

Para Álvaro Guzmán

CC.: Gloria Laguna

Buenas tardes Alvaro:

Le agradezco su atención de hoy, y hago un breve resumen de lo acordado en la reunión.

De acuerdo a la negociación de los DVD IG-504; QUEDA CONFIRMADA Y VIGENTE LAS UNIDADES negociadas en el acuerdo comercial (archivo anexo).

Yo le enviaré el EAN y referencia del nuevo DVD a Gloria Laguna para su codificación y le enviaré la fecha estimada para el montaje de la primera orden de compra (a entregar en la segunda quincena de abril) (...)

Al mismo se encuentra adjunto el otrosí sin fecha que milita a folio 54 (folio 504)

En el expediente también milita copia de “anexo otro sí, a oferta comercial de 2011” con fecha de celebración 2 de abril de 2012 (folios 392, cuaderno 2 principal) suscrito entre IG COLOMBIA y GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A., la cual está expresada en idénticos términos a la que reposa a folio 54 pero, en esta cambió el plan de compras de 2012 por el producto DVD IG-D504 (entregas a partir de mayo) y la cantidad subió a 31.000. Dicho documento cuenta igualmente con la anotación de que su firma no constituye aceptación.

Sobre el tema de la negociación de los DVD y la oferta comercial entre IG y CARREFOUR (GRANDES SUPERFICIES), el testigo AMAD EFRAIN JACKER ARIAS (Cd folio 325 cuaderno 1 expediente principal, récord 58:15), quien en el año 2011 laboraba como Director Nacional de Compras de Electro de la sociedad GRANDES SUPERFICIES (CARREFOUR), indicó que la formalización de la oferta era inicialmente verbal, luego se firmaba un acuerdo comercial por un año (por el tiempo que se tenían que hacer las entregas) y que por cada pedido se generaba una orden de compra en el que se corroboraban los detalles de los negocios y con el cual se respaldaban las cantidades y el precio.

Por su parte, GUSTAVO MIRANDA HERRERA Director Administrativo de IG (Cd folio 325 cuaderno 1 expediente principal, récord 2:19:33), refirió de manera genérica que cuando se acordaba el precio -con el cliente-, se enviaba oferta comercial, características y el precio sugerido x o y, el cliente aceptaba, pero se materializaba en órdenes de compra, luego ellos facturaban y procedían al despacho. Señaló, además, esa intención de compra se materializaba por ofertas comerciales. Refirió también, era posible que la importación de los productos la hicieran sin necesidad de aceptación del comprador.

Con relación a los folios 53 y 54, los cuales se le pusieron de presente, señaló, son un formato de oferta que maneja Carrefour donde consignan las características de producto y el precio sugerido de venta, precisando tal documento no era aceptación, ahí en la parte de la firma se dejaba así indicado. Dijo, además, en esa oferta colocan plazos, unidades sugeridas, pero muchas veces no cumplía lo ahí indicado. Aseguró, el documento que obligaba era la orden de compra que venía con un numero interno de Carrefour, una fecha de entrega, una fecha máxima de recepción, número de unidades y el centro que tenía que ser despachado.

Frente al contenido de las ofertas que se le pusieron a la vista, dice, la solicitud de productos de esa oferta comercial (folios 53 y 54 del cuaderno principal) no se llevó a cabo, porque ellos no cumplieron, pedían más porcentaje comercial el cual no estaba pactado ahí, unas fechas de pago que tampoco cumplieron y las cantidades, eso no se cumplió así a cabalidad. Ilustró también, nunca había un documento para liquidar la oferta comercial, sencillamente no generaban las órdenes de compra e incluso se refirió a una negociación de unos teatros en casa en los que CARREFOUR manifestó su intención de comprar más de 1000 en una oferta comercial, pero solo compro 300 o 400, devolviendo el 70%, no expidió más ordenes de compra.

A su turno, ANGELA VERA, quien en 2011 fungía como JEFE DE COMPRAS DE CARREFOUR (GRANDES SUPERFICIES S.A.) mencionó, con el demandante realizaron una negociación comercial de unos DVD para el año 2011, hicieron una compra en ese año con entregas parcializadas. A finales de tal anualidad -2011- volvieron a hacer una negociación de unos teatros en casa y unos DVD, en la que se habló de las cantidades del producto, se hicieron modificaciones al DVD porque

había otro modelo, se estableció el precio y cantidades parciales de entrega. Indicó, IG era el proveedor quien hacía la entrega, pero la negociación la hizo únicamente con Cesar Luna. Refirió, el negocio se cerró -no dijo en qué fecha-, se cumplieron con las cantidades, los precios pactados fechas de entrega, el producto tuvo buena aceptación en el mercado por eso hicieron segunda negociación que fue la de 2012 la cual, indica, también se cerró y se cumplió -nuevamente no especifica cuando tuvo lugar la misma-, comentando además, la entrega de los productos dependía de la orden de compra que se emitía una vez hecha la importación, esto es, tan pronto había disponibilidad en Colombia del producto.

Frente a los documentos de folios 53 y 54 dijo, en el primero se pactan acuerdos comerciales que tienen fechas de pago, el descuento RAPEL⁵, el cual dice, aunque no tiene firma del jefe de compras de esa compañía, si es el acuerdo comercial que se estableció, señalando que el mismo debe estar soportado con los correos electrónicos, y el segundo, indicó (folio 54), contiene las fechas de entregas y cantidades de los DVD.

Al cuestionársele si esa oferta comercial obligaba a Carrefour indicó que si, sin embargo, también señaló, para que el proveedor entregara mercancías se requería la orden de compra.

De los testimonios examinados es claro que la oferta suscrita no tenía un carácter vinculante, era una mera invitación a negociar, una invitación indicativa en la que se aclaraban los términos de la negociación antes de desplegar los recursos sustanciales de la transacción, y que lo que tenía efectos y debía ser cumplido era la orden de compra. Así, al no ser dicha oferta jurídicamente vinculante, las partes podían retirarse del proceso antes de la firma de la orden de compra, que para el caso era la obligante, con la que se perfeccionaba la compraventa.

Así, del recuento probatorio efectuado es claro para la Sala que el demandante, intervino en todos los actos preparatorios del contrato pues, en efecto, tal como se desprende de la lectura de los correos electrónicos no solo gestionó con el cliente (GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA – CARREFOUR S.A.) la compra de los productos ofrecidos, sino que además adelantó diligencias para la adquisición

⁵ El concepto de rappel o r apel, se utiliza en contabilidad para otorgar un descuento comercial a un cliente en función del volumen de pedidos o consumo que alcance en un periodo de tiempo determinado. Suele concederse en forma de escalado de compras.

del mismo con el proveedor (fabricante) de la demandada (correos electrónicos, cuaderno 1 anexos); sin embargo, las denominadas “*ofertas mercantiles u otros*” que se pudieron suscribir con relación al DVD IG-D504 (folios 53 y 54 -sin fecha-), en vigencia del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes en litigio, no fueron obligantes para las partes, pues la venta se perfeccionó realmente con las órdenes de compra que para el producto de la referencia fueron emitidas entre el 11 de mayo de 2012 y el 28 de enero de 2013 (folios 23 a 1297, Cuadernos 1 a 6 facturas), esto es, con posterioridad a la terminación del vínculo contractual que tenía suscrito el actor con la encartada.

Téngase en cuenta que las órdenes de compra no son cosa distinta a la solicitud escrita al proveedor -IG COLOMBIA-, por determinados artículos a un precio convenido. La solicitud también especifica los términos de pago y de entrega, con ella se autoriza al vendedor a entregar los artículos y presentar una factura, por lo que aceptada la orden de compra se configura un contrato de compra vinculante, en los términos analizados de manera precedente.

En ese orden, solo hasta la emisión y aceptación de la orden de compra, y no en otra fecha, se entendía hecha la venta y en ese sentido, pese a las gestiones promovidas por el actor, este no es beneficiario de la comisión que reclama por la venta de los DVD referencia IG-D504 al cliente GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A., por no encontrarse vigente su contrato al momento del perfeccionamiento de la compraventa, el que según las normas que se ilustraron al principio no se efectuó con la suscripción de la “oferta mercantil” entre la pasiva y su cliente, por no cumplir los presupuestos de la esencia de ese negocio jurídico.

Ahora, aun si en gracia de discusión se aceptara que la llamada “oferta mercantil” obligó a las partes y perfeccionó la venta -lo cual no ocurrió ante la falta de acreditación de aceptación de la misma por GRANDES SUPERFICIES y los elementos esenciales de dicho negocio-, solo podría entenderse que fue la suscrita el 2 de abril de 2012 (folio 392, cuaderno 2 principal) por cuanto fue a partir de ella que se generaron las órdenes de compra conforme al plan de compras allí consignado en el que se dijo que la primera entrega se realizaría en mayo de 2012, correspondiendo dicha fecha con la primer orden que data 1 de mayo de 2012. (folios 23 a 1297, cuadernos 1 a 6 facturas), época para la cual el demandante ya no estaba prestando sus servicios a la compañía llamada a juicio.

Ahora bien, en lo que respecta a la liquidación de las comisiones cuyo pago fue ordenado por la juez de primer grado, particularmente con relación al porcentaje pactado para el pago de la comisión, aunque no quedó dicho en esos términos, entiende la Sala, lo que procura el recurrente es que se liquiden sus comisiones del año 2011 atendiendo, de una parte, el contrato de prestación de servicios para las ventas realizadas entre el 1 de marzo -inicio del contrato- y 3 de octubre de 2011 -fecha anterior a la suscripción del otro sí- y las posteriores a esta fecha y hasta el 31 de diciembre de 2011, según lo estipulado en la tabla de comisiones a la que se refiere la modificación al contrato.

Así las cosas, se tiene que en la cláusula cuarta y quinta del contrato de prestación independiente de servicios de venta (folios 24 y 25) se estipuló lo relativo a la remuneración y forma de pago en los siguientes términos:

“CUARTA.- REMUNERACIÓN: EL CONTRATANTE se obliga para con EL CONTRATISTA a pagarle, contra recaudo del precio de cada venta aprobada previamente por EL CONTRATANTE, según el PARÁGRAFO SIGUIENTE, una comisión del diez por ciento (10%) del valor neto de la respectiva venta. PARÁGRAFO: Como puede presentarse caso en los cuales EL CONTRATISTA consiga un negocio con un cliente que al momento de la celebración del presente contrato ya le estuviese comprando a EL CONTRATANTE, para el pago de la comisión aquí estipulada, deberá existir prueba escrita donde EL CONTRATANTE le autorice a EL CONTRATISTA efectuar cada negocio específico con dicho cliente, sin que EL CONTRANTE esté obligado a pagarle comisión a EL CONTRATISTA por las ventas que aquél ya viene efectuando ni por las que seguirá efectuando directamente. Lo anterior implica que tanto EL CONTRATANTE como EL CONTRATISTA podrán vender directamente a un mismo cliente.

QUINTA.- FORMA DE PAGO: EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA su remuneración mensualmente, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes calendario, calculando el porcentaje pactado sobre los precios netos antes de IVA, de las ventas hechas por EL CONTRATISTA en cualquier tiempo, según lo estipulado en la cláusula inmediatamente anterior, y recaudadas a satisfacción por EL CONTRATANTE dentro del mes calendario inmediatamente anterior al del pago.

Por otro sí suscrito el 4 de octubre de 2011 (folio 26) las partes adicionaron la siguiente cláusula:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- TABLA DE COMISIÓN: El contratista y el contratante de común acuerdo acordaron la siguiente tabla de comisión por cada recaudo que se realice : En un margen de utilidad para el contratante del 30% una comisión del 10%; En un margen del 29% una comisión del 9.5%; En un margen del 28% una comisión del 9%; En un margen del 27% una comisión del 8,5%; En un margen del 26% del 8%; En un margen del 25% una comisión del 7.5%; En un margen del 24% una comisión del 7%; En un margen del 23% una comisión del

6,5%; En un margen del 22% una comisión del 6%; En un margen del 21% una comisión del 5.5% ó En un margen del 20% una comisión del 5%”

Preliminarmente pertinente es aclarar, como se dijo inicialmente, en esta instancia no está en discusión si el convocante tiene derecho a comisión por ventas y por recaudos, pues este aspecto fue definido por la juez de primera instancia aludiendo a que tiene derecho sólo a comisiones por ventas, cuyo pago está condicionado al recaudo de lo vendido, sin que sobre tal aseveración se haya formulado reparo por la parte actora.

Así las cosas, en los términos en que estaba pactado inicialmente el contrato, es claro, la comisión correspondía al 10% de la venta neta -luego de IVA-, liquidada contra recaudo, y con el otrosí, esta solo sería del 10% siempre y cuando la utilidad para la empresa correspondiera al 30%, de ser inferior, la comisión decrecería en un 0.5% por cada punto porcentual que bajara la utilidad para la compañía.

Si bien es cierto en el texto del otrosí no se dejó pactado expresamente que su aplicación tendría efectos retroactivos -desde la suscripción del contrato-, lo cierto es que la intención de las partes era precisamente regular las comisiones por las ventas ya realizadas – y futuras- debido a que la rentabilidad de los negocios no fue el esperado, y hasta esa fecha, no se había pagado ninguna comisión pues estaba pendiente el recaudo de las ventas efectuadas por el demandante, que era sobre lo que se supeditaba la exigibilidad de la comisión. En ese sentido, el porcentaje a tener en cuenta debía ser el pactado en el otrosí y no el del contrato.

A tal conclusión se arriba, pues analizado el caudal probatorio se encuentra lo siguiente:

Mediante correo electrónico del 14 de septiembre de 2011 (folio 101) el demandante se dirige al Representante Legal de IG Colombia para establecer:

“Con respecto a la rentabilidad de este negocio: acuérdesde que esa vez que nos reunimos y revisamos la escala para determinar los porcentajes de comisión en el caso de que margen bajara del 30%, quedando así, y fue lo que acordamos:

<i>MARGEN</i>	<i>COMISIÓN</i>
<i>30%</i>	<i>10%</i>
<i>29%</i>	<i>9,5%</i>
<i>28</i>	<i>9%</i>
<i>27</i>	<i>8,5%</i>

26	8%
25	7,5%
24	7%
23	6,5%
22	6%
21	5,5%
20	5%

(...)"

Además de lo anterior, para la **primera cuenta de cobro** que radicaría el demandante por las ventas de 2011, la cual fue presentada el 30 de diciembre de ese año (folio 57 y 124 a 128), el actor cruzó correos con MARTHA PEÑA, Asistente de Contabilidad, y RAFAEL TRIVIÑO, en los que consignó lo siguiente:

"Buenos días Rafael:

De acuerdo a nuestra pasada conversación para cruzar cuentas a partir de este año; estuve hablando con mi contador le resumo los puntos a tener en cuenta para conciliar cuentas:

(...)

Yo agradezco a usted me colabore con un reporte de la facturación hecha este año a los clientes (de los negocios hechos por mí) y de la cartera recaudada; para cruzarla con mis datos.

(...)

From: martha peña

To: Cesar Luna; rafael.trivino@igcolombia.com

Cc: doper100@hotmail.com (...)

Subject: CONCILIACIÓN FACTURACIÓN 2011

Buenas tardes Don Cesar:

Respecto a la solicitud que usted le hace a don Rafael de que le envíe la facturación de los negocios hechos por usted durante este año, le comento lo siguiente.

- 1. Le recuerdo que la comisión que se le pagará a usted será liquidada sobre los pagos que hayan hecho sus clientes y no sobre lo que se le facture a sus clientes*
- 2. Al finalizar este mes le haremos una liquidación sobre las comisiones a que hubiere lugar según los recaudos que se hayan efectuado hasta el 30 de diciembre de 2011.*
- 3. Producto de la anterior liquidación le pasaremos el dato a usted para que nos formule la respectiva cuenta de cobro (...)"*

Frente a la misma el actor respondió (folio 108):

“(...) es claro y estoy de acuerdo que la comisión que se pague es sobre la base de la cartera recaudada; pero de todos modos también necesito que me colabores suministrándome el dato de la facturación realizada a los clientes”

Con base en lo anterior, el demandante elaboró su cuenta de cobro por los productos “MOP3” (sic), “SPEKER” (sic) y DVD (folios 126 a 128) liquidando primero el margen de utilidad (valor recaudado – total costos), para, según la tabla de comisión pactada mediante otrosí e informada en correo electrónico del 14 de septiembre de 2011, establecer el porcentaje de su comisión. Particularmente, en lo referente al DVD (folio 128), el producto tuvo una utilidad promedio de 25.26%, por lo que liquidó como comisión el 7.5%.

Al punto, se tiene, el representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte (Cd folio 325, récord 46:51) indicó que la rentabilidad del negocio no estaba siendo del 30%, que era la esperada, por lo que no era viable pagar una comisión del 10% que sí se debía cumplir, y es ahí cuando el señor Luna sugiere un cambio estableciendo una tabla de comisiones.

Por su parte, la testigo MARTHA JANETH PEÑA PEÑA (Cd folio 325, récord 01:26:07), asistente de contabilidad de IG COLOMBIA S.A desde hace más de 20 años, al indagársele sobre cómo se le hicieron los pagos a CESAR LUNA, precisó que siempre quedaron condicionados al momento en que se finiquitara la venta que es cuando se recauda la cartera por el hecho de que se hacía negociación el cliente, luego se hacía la liquidación de la respectiva comisión. Comentó, las cuentas de cobro eran conciliadas con el actor, ella le entregaba una liquidación y el demandante la revisaba, verificaba contra contabilidad y ahí si generaba la cuenta de cobro, precisando, llevaban un control desde la compra del producto, los gastos incurridos, la distribución y el cobro, a Cesar Luna se le daba conocimiento y él también tenía su control, lo cotejaba con los valores que él tenía y se llevaba a la comisión consensuada para que le pasara la cuenta. Con relación al otrosí, mencionó la necesidad de reglamentar la forma de liquidar las comisiones porque a esa altura se vio que la utilidad que se estableció de la negociación no iba a ser como se pretendía y por eso se estableció una tabla según el porcentaje de utilidad.

En similares términos el señor GUSTAVO MIRANDA (CD folio 325, récord 2:19:33) indicó el otrosí se firmó porque a medida que iba transcurriendo el negocio la rentabilidad no era la esperada por las variables de los costos de los

productos respecto de la preliquidación inicial cuando se proyectaba un 30% mínimo, nos dimos cuenta que las devoluciones no era el estimado, sino que era mucho mayor los gastos de transporte, las devoluciones de ciertos productos dejó pérdidas del 30% realmente la rentabilidad del negocio no iba a ser. César Luna se reunió con el gerente de la compañía e hicieron el otro sí porque ya se sabía que había negocios que no iban a dejar la rentabilidad esperada. También indicó que conciliaba con el demandante las cuentas antes de que el las pasara a la compañía para pago.

En consonancia, es claro que las partes, como lo dijo la juez *a quo*, con la suscripción del otro sí pretendieron ajustar a la realidad del negocio el pago de la comisión, que a esa fecha no se había efectuado, con el fin de que se calculara teniendo en cuenta la verdadera utilidad para la empresa, previo a cancelar lo correspondiente al actor, nótese para el momento de suscripción del otrosí ninguna cuenta de cobro había sido presentada, y la entregada a la empresa la hizo el mismo demandante atendiendo los parámetros acordados en el otrosí e informados en el correo electrónico de 14 de septiembre de 2011, esto es, teniendo en cuenta para el porcentaje de la comisión la utilidad del negocio para la Compañía y la tabla respectiva.

Así, apelando a la intencionalidad real de las partes contratantes (artículo 1618 del C.C)⁶, es claro que los términos en que serían pagadas las comisiones durante la vigencia del contrato fueron aclarados mediante otrosí, y en ese sentido la comisión para el demandante era variable, entre el 5 y 10%, según la utilidad del negocio, con independencia de que la venta se haya o no realizado con anterioridad a la formalización del otrosí, como así se determinó y se liquidó en la sentencia apelada.

No debe perderse de vista que el contrato es ley para las partes, conforme al artículo 1602 del Código Civil y sólo puede ser invalidado por mutuo consentimiento o por causales legales, invalidez que, de suyo, no fue objeto de debate en este asunto.

Frente a los reparos formulados en la alzada respecto a la deducción de la mercancía dañada o averiada, baste con indicar, en los términos mencionados la

⁶ ARTICULO 1618. <PREVALENCIA DE LA INTENCION>. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

comisión del demandante se calcula sobre el importe de lo recaudado, además se tiene en cuenta la utilidad de la venta para el CONTRATANTE. Bajo ese entendido, es claro que los productos dañados o devueltos no generan pago por parte del cliente a la sociedad demandada lo que impacta no solo en la utilidad del negocio sino también, en el recaudo de la venta y, por ende, en la comisión a pagar a favor del promotor del litigio.

Por último, con relación a los gastos de administración que alude no probados el demandante, valga decir, esa fue una situación advertida por la juez de primer grado, siendo esa la razón por la que se abstuvo de liquidar las comisiones respecto de los teatros en casa y juguetería vendidos a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A., y la juguetería adquirida por la COOPERATIVA DE COMERCIANTES DE SAN VICTORINO, por no existir un parámetro objetivo sobre el cual pudieran efectuarse las operaciones aritméticas correspondientes.

Es importante precisar además, aunque el dictamen pericial rendido por el Contador (folios 208 a 257, 275 a 296, 373 a 387) no resulta ser un dechado de virtudes, lo cierto es que tal condición fue reconocida por la *a quo*, por ello, aunque no lo desechó completamente, solo lo tuvo en cuenta a efectos de determinar las cantidades vendidas, pero en manera alguna para establecer el valor de las comisiones o los gastos de administración y menos aún, los porcentajes que deben ser considerados para calcular su cuantía.

Con relación a la experticia, comparte la Sala la postura asumida por la juzgadora de primera instancia, frente a la imposibilidad de tener en cuenta las conclusiones allí vertidas, pues es claro que los parámetros a tener en cuenta a efectos de determinar la utilidad del negocio, que es en últimas sobre lo que se calcula la comisión a favor del demandante, fueron dados por la misma demandada y en esa medida, las cifras reportadas en el dictamen como gastos de administración no cuentan con soporte alguno del que pueda verificarse su veracidad, enfatizando, el perito en el interrogatorio absuelto señaló no haber constatado las cifras entregadas por IG COLOMBIA S.A., con relación a la contabilidad de esa compañía (CD folio 502, audio 1, récord 08:05).

Por ello, y ante la falta de prueba de los gastos de administración, los cuales en efecto no están probados, la juez acudió a las cuentas de cobro presentadas por el demandante y conciliadas con la demandada para proceder con la liquidación y

con ello obtuvo el monto de los gastos de administración. Desconocer esta forma de liquidar con fundamento en la ausencia de prueba de los gastos de administración implicaría la imposibilidad de calcular las comisiones, y ello sería perjudicial para el apelante único.

Y es que era carga probatoria del demandante, en los términos del artículo 177 del C.P.C -vigente para la época de radicación de la demanda- acreditar los valores y rubros a tener en cuenta a efectos de liquidar la comisión, ello incluye demostrar cómo estaban constituidos los gastos de administración y los valores que debían ser considerados para obtener el valor neto de la venta, como ello no se cumplió, la juez liquidó la comisión acudiendo únicamente a los valores frente a los cuales las partes habían referido conformidad, que no eran otros que los contenidos en las cuentas de cobro que presentó el demandante. Se insiste, el único aspecto en el que la juez apoyó su decisión en el dictamen fue en lo relativo a las cantidades vendidas y no frente a las cuantías obtenidas para el perito, las que de hecho eran perjudiciales para el actor.

Téngase en cuenta, esa falencia probatoria impidió la verificación de la procedencia del pago de las comisiones por juguetería y teatros en casa.

De lo que viene de decirse, no hay lugar a modificar la sentencia apelada.

Finalmente, con relación a la solicitud de compulsión de copias al perito y a la demandada, se advierte al actor, de estimar acreditada la infracción de algún precepto legal o procesal, este tiene la facultad de acudir a las instancias pertinentes para esos efectos, a través de los mecanismos judiciales dispuestos para tal fin.

Agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, conforme las motivaciones precedentes se confirmará la sentencia de primera instancia, conforme las consideraciones esbozadas por esta Corporación.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Diego Rodesto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael
RAFAEL MORENO VARGAS

Diego
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Rodesto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LAURA PILAR MONTAÑEZ ACEVEDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 35 2019 00223 01).

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, mediante correos electrónicos del 16 y 14 de julio respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de junio de 2020 (audiencia virtual, récord: 59:36, acta audiencia concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T, expediente digital), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por LAURA PILAR MONTAÑEZ ACEVEDO al régimen de ahorro individual con solidaridad con PORVENIR y como consecuencia de lo anterior se **ORDENA** al COLFONDOS S.A, fondo en el que se encuentra la accionante actualmente, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos.*

SEGUNDO: CONDENAMOS (sic) a PORVENIR a pagar con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión por los gastos de administración conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: SE CONDENA a COLPENSIONES a volver a afiliarse a LAURA DEL PILAR MONTAÑEZ ACEVEDO (sic) al régimen de prima media y a recibir todos los aportes a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES – PROTECCIÓN (sic).

CUARTO: Se CONDENA en COSTAS a PORVENIR, por lo tanto, señalamos como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1,000.000 que se incluirán en la liquidación de costas.

QUINTO: Si no se apela esta decisión, como ya dijimos se remite al tribunal superior de Bogotá sala laboral para que se estudie en CONSULTA”

Inconforme con la decisión, los representantes judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, PORVENIR solicita la revocatoria de la sentencia, en razón a que, dice, para la fecha de afiliación de la demandante al RAÍS no existía la obligación de realizar lo que jurisprudencialmente se ha denominado buen consejo y, conforme a las obligaciones vigentes, solo debían informarse las condiciones y características del régimen, lo que si hizo esa sociedad, advirtiendo además, no existía disposición normativa que la obligara a guardar constancia de la naturaleza, condiciones y contenido de la información otorgada, por lo que el único soporte es el formulario de afiliación, de allí que considera un imposible la exigencia de otros soportes.

Por otra parte, señala, la demandante no acreditó la existencia de un vicio del consentimiento que pudiese hacer nula su afiliación al régimen de ahorro individual.

Con relación a los gastos de administración y en caso de confirmarse la sentencia, solicita, no se imponga la devolución de los mismos con cargo a su propio patrimonio pues, por una parte, en el 2001 la actora se trasladó a COLFONDOS, siendo esta la que descontó dicho concepto, y de otra, mientras estuvo la demandante afiliada a PORVENIR, esa administradora realizó todos los actos pertinentes para la inversión de dicho capital los cuales generaron rendimientos que acrecentaron el monto acumulado en la cuenta de ahorro individual. Devolver dichas sumas, indica, constituye un enriquecimiento sin justa causa y un

desconocimiento de la labor profesional ejecutada por esa administradora¹ (audiencia virtual, récord: 01:01:26, acta audiencia concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T, expediente digital).

A su turno, la apoderada de COLPENSIONES pide igualmente la revocatoria de la providencia apelada, ya que, en su sentir, se aplicó de manera indebida el artículo 1604 del Código Civil en tanto no se atienden de manera sistemática otras normas que forman parte de ese ordenamiento jurídico que prohíben invocar la ignorancia de la ley, siendo necesario demostrar la existencia del vicio del consentimiento.

En ese sentido, refiere, la afiliación es un acuerdo de voluntades que lo convierte en un contrato de carácter formal, obligatorio, solemne, bilateral, con obligaciones recíprocas para las partes, libre y voluntario en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y por ende, el afiliado se acoge a las condiciones del régimen seleccionado las cuales emanan de la Ley.

¹ “Su señoría, por instrucción directa de PORVENIR interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir para que el Tribunal Superior de Bogotá revoque en su integridad la misma, teniendo en cuenta que como se indicó en el marco de los alegatos de conclusión para la fecha de afiliación del demandante no existía obligación de realizar lo que la jurisprudencia ha denominado como buen consejo, por el contrario, las obligaciones que se encontraban vigentes solamente eran referentes a informaciones relacionadas con la condiciones y características de régimen, información que mi representada otorgó en su momento y que adicionalmente la demandante señaló conocer tales tal como lo indicó en interrogatorio de parte referente al reconocimiento de la generación de rendimientos económicos.

Así mismo es indispensable señalar que para el momento de la vinculación de la demandante no existía disposición normativa que obligara a mi representada o alguna de las AFP a guardar constancia de la naturaleza, condiciones y contenido de la información otorgada, de manera que el único soporte que se obligaba a generar era el formulario de afiliación. Así las cosas, obligar a mi representada a través de la figura de la inversión de la carga de la prueba a aportar unos documentos o constancias de la información otorgada en su momento de la cual no existía obligación a guardar soporte, pues evidentemente, es obligar a mi representada a lo imposible.

Así mismo debe tenerse en cuenta que la demandante no logra acreditar la existencia de un vicio del consentimiento que pudiese volver o hacer nula la afiliación de la demandante al RAIS.

Finalmente solicito al Tribunal que en caso de considerar pertinente y confirmar la sentencia en relación con la nulidad de la afiliación o la ineficacia de la afiliación, se sirva a revocar lo concerniente a el pago con el propio patrimonio de PORVENIR de las sumas o la desfinanciación de las sumas concernientes a las mesadas pensionales teniendo en cuenta que: Primero, desde el 2001 la demandante fue trasladada a COLFONDOS, así que fue dicha entidad la que realizó el descuento de sumas o gastos de administración.

Segundo, que durante la vigencia de la demandante a PORVENIR mi representada realizó todos los actos profesionales tendientes a la inversión de dicho capital, aportes a seguridad social, que generaron en últimas una serie de rendimientos económicos que acrecieron la cuenta de ahorro individual, por lo que a hoy condenar a la devolución de dichos montos no solamente durante el periodo de vinculación de la demandante a PORVENIR sino adicionalmente durante el periodo que la demandante estuvo vinculada a COLFONDOS es en últimas, no solamente obligar a un pago de lo no debido sino que si se suma al pago o devolución de los rendimientos económicos, redundará en un enriquecimiento sin justa causa y adicionalmente el desconocimiento de una labor profesional ejecutada por mi representada.

Así las cosas, solicito al Tribunal revocar la sentencia, ya sea para revocar la nulidad o la ineficacia de la afiliación o lo correspondiente a los gastos de administración.”

En otro sentido refiere, la aceptación del traslado o retorno de la demandante fomenta la descapitalización del sistema pensional dada la ausencia de solidaridad de esta frente al régimen, dado que ha efectuado las cotizaciones de manera individual.

Finalmente, indica, de confirmarse la sentencia, debe ordenarse a los fondos no realizar ningún tipo de descuento por concepto de seguros de invalidez o sobrevivencia, pues se afecta la capitalización del sistema pensional, no hacerlo, además, dice, contraría el principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la Constitución Política² (Audiencia virtual, récord: 01:04:37, acta audiencia concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T, expediente digital).

² *“Me dispongo presentar recurso de apelación contra la sentencia emitida el día de hoy a efecto de que los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá se sirvan revocar en su totalidad la sentencia emitida el día de hoy, lo anterior teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Se hace una aplicación indebida del artículo 1604 del código civil puesto que no se atiende, esto que como lo señalé en los alegatos de conclusión, no se atiende en forma sistemática otras normas del mismo estatuto que prohíben alegar la ignorancia ley en los negocios jurídicos, error de derecho y de esta manera es necesario demostrar la existencia del vicio del consentimiento.*

Es importante precisar que en virtud del artículo 1495 del código civil, es claro que la afiliación en cualquiera de los regímenes comprende un acuerdo de voluntades que lo convierten en un contrato que reúne las siguientes particularidades: por sus características comprende obligaciones de tipo contractual, tiene un carácter formal pues es obligatorio y solemne, así como la afiliación y desafiliación tácita que realizó la demandante con los traslados horizontales que realizó, posteriormente debe tenerse en cuenta que es libre y voluntario en virtud del literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, mi representada COLPENSIONES respetó a la libre y voluntaria decisión de la demandante de pertenecerá al régimen de ahorro individual, debe tenerse en cuenta que es bilateral, por lo tanto existen unas obligaciones recíprocas, obligaciones de que trata el Decreto 2241 de 2010, como lo señalé en mis alegatos, en su artículo 4, adicionalmente es un contrato de adhesión, tanto el afiliado sea coge a las condiciones de régimen seleccionado, siendo estas las que emanan de la ley.

Así mismo debe tenerse en cuenta que la demandante conocía las características del régimen de ahorro individual pues señaló enfáticamente que o conocía que su mesada pensional, su futuro pensional dependía del monto de cotizaciones que realizara, así mismo como la curva de rendimiento que tuvieran estos aportes, pues debe tenerse en cuenta es una característica propia y la más diferencial respecto del régimen de prima media.

Ahora bien, aceptando el traslado de la demandante, el retorno de la demandante, se estaría fomentando la descapitalización del sistema pensional pues téngase en cuenta que la demandante no has sido solidaria con el régimen de prima media, ha hecho sus cotizaciones de forma independiente y como ella misma lo manifestó, en una cuenta de ahorro individual a efecto que le generara unos rendimientos, debe notarse que no hace falta más información para saber que este iba a ser el futuro pensional, que como lo dice la demandante, iba a depender del monto de cotizaciones que realizara, entonces extraña o salta la duda en este momento el alegar un vicio o más bien un desconocimiento de la norma para alegar esta falta de rendimientos en sus cuenta de ahorro individual.

Por último, solicito a los honorables Magistrados que de ratificar el fallo de primera instancia se ordene a los fondos no realizar ningún tipo de descuentos por concepto de seguros de invalidez o sobrevivencia, toda vez que se estaría afectando igualmente, fomentando la descapitalización del sistema pensional, así mismo en contravía del principio de sostenibilidad financiera del artículo 48 de la Constitución Política. Dejo así sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.”

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LAURA PILAR MONTAÑEZ ACEVEDO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 5 a 7 y 101 a 102, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 a 5 y 98 a 100, aspirando se declare, de manera principal la nulidad, y en subsidio la ineficacia, de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. el 7 de julio de 1999 (sic) ante la omisión de ese fondo al deber de información con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones y, en general, sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas. En consecuencia, se ordene a PORVENIR y COLFONDOS a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, disponiendo a esta última, recibirla como su afiliada junto con los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, ordenando a COLFONDOS, actual administradora de la demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida, disponiendo a su vez a COLPENSIONES activar su afiliación al RPM, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, además de encontrar el perjuicio que se ocasiona a la demandante con su permanencia en el RAIS, particularmente respecto al monto de su mesada pensional.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede

realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folios 37 y 154 (CD expediente administrativo) milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 4 de julio de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 7 de diciembre de 2012 (folios 154, CD expediente administrativo), es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 50 años-, advirtiendo, si bien obra negativa del ISS calendada 16 de febrero de 2010 (folio 67) de autorizar el traslado solicitado por la actora, se desconoce en qué fecha se efectuó tal petición y, en todo caso, de haberse realizado en la data referida en el hecho 17 de la demanda (folio 100), esto es, el 27 de enero de 2010, lo cierto es que en dicha fecha ya contaba con 47 años. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 132,71 semanas de cotización (folios 189 a 191, historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Cd folio 154, reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES) equivalentes a 2,58 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1 de mayo de 1999 (folio 244) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en

materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El error del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(..).

“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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo recuerda que le indicaron que el ISS se iba a acabar y que era mejor el fondo privado por cuanto allí obtendría mejores rendimientos.

⁵ Audiencia virtual del 11 de junio de 2020, récord. 12:30.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 244), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 245, 246 y 247, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (1 de mayo de 1999, folio 244) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folios 192 y 239) no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa a folios 192, 239 y 188, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15

años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualmente administrada por COLFONDOS (folio 188), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo adicionar parcialmente la sentencia de primer grado para disponer la devolución de los saldos, sin lugar a efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la demandante.

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

Asimismo, advierte la Sala, para responder a los reparos formulados tanto por PORVENIR como por COLPENSIONES, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y las aportes dirigidos a sobrevivientes e invalidez, y en este sentido se adicionará la sentencia de primer grado a efectos de disponer la devolución de estos conceptos al RPM, advirtiendo, que le corresponderá a las AFP PORVENIR y COLFONDOS,

respectivamente, cubrir únicamente los valores que hayan recibido en vigencia de la afiliación de la demandante a cada administradora.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 151), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado, para disponer a las administradoras la devolución de los gastos de administración descontados durante el periodo que duró la afiliación con la demandante, además, con el fin de disponer que COLFONDOS se abstenga de descontar de los valores a retornar a COLPENSIONES, lo pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez o de sobrevivientes.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. a retornar al RPM, además de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los dineros correspondientes a gastos de administración, sin que le sea dable realizar descuento alguno por el

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 6 de marzo de 2020 (fol. 255)

dinero que haya pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez o de sobrevivientes.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que PORVENIR solo deberá retornar los gastos de administración que haya recibido durante el tiempo que duró la afiliación de la demandante con esa administradora.

TERCERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que COLPENSOINES deberá recibir los dineros provenientes de COLFONDOS y PORVENIR S.A.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEONARDO VENEGAS
GERENA CONTRA LA COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUENOS
AIRES (RAD. 35 2019 00022 01).**

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, lapso durante el cual las partes guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 18 de diciembre de 2019, en la que se resolvió (Cd. fl. 132, record: 36:47, acta folio 133):

“PRIMERO: ABSOLVER a la COOPERATIVA DE TRANSPORTES BUENOS AIRES – COOTRASNBOAIRES, de todas las pretensiones reclamadas en su contra por el demandante.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción propuesta denominada inexistencia de la obligación demandada y pago conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: Se CODENA en COSTAS al demandante, señalando como agencias en derecho en su cargo \$100.000 que se incluirán en la liquidación de costas.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se CONSULTARÁ con el superior.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación únicamente en lo relativo al salario integral aduciendo la inexistencia de errores en el contrato de trabajo (Cd. fl. 132, record: 36:47, acta folio 133)¹

¹ “Su señoría yo presento apelación contra la decisión emanada. Frente al manejo que se le ha dado al contrato individual de trabajo a término fijo en razón que existiese los errores visto que en el folio 86 se

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor LEONARDO VENEGAS GERENA en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 2 a 4 del respectivo acápite, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 4 a 6, encaminadas a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1 de febrero de 2016 y el 30 de enero de 2018, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de su empleadora; además, se determine que el salario pactado fue en la modalidad de salario integral conforme lo previsto en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, que la demandada no efectuó el pago de la jornada suplementaria o de horas extras y recargo nocturno, ni del salario integral pactado. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor el salario integral durante la vigencia de la relación laboral, la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria, las vacaciones, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y se impusieron costas a cargo del actor. Lo anterior tras considerar, que aunque no existía controversia frente a la existencia de la relación laboral, lo cierto es que frente al salario era claro que aunque en la proforma del contrato se dejó dicho que era “salario integral” este se pactó en la suma de \$800.000, por lo que en la realidad se trató de un salario ordinario. Con relación a la terminación del contrato estimó que este feneció en razón al vencimiento del plazo pactado, lo cual corresponde a una causal objetiva y legal por lo que no había lugar a la indemnización pretendida. De otro lado consideró, se efectuó el pago de las vacaciones y las prestaciones causadas en vigencia de la relación laboral y en esa medida, no se debía fulminar condena por el pago por concepto de descanso remunerado y sanción moratoria.

evidencia que denominan, dan la participación o un nombre a un contrato establecido para una relación laboral y existiendo errores y fallas frente a lo que se denomina con las sentencias emanadas de un salario integral.

Presento esta apelación en razón de que el contrato está legalmente constituido.”

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término fijo, entre el 1 de febrero de 2016 y el 30 de enero de 2018, pues dichos aspecto además de haber sido excluido del debate probatorio y señalado por el *a quo* en las consideraciones de su decisión sin que fuere objeto de apelación, se constata con la documental visible a folios 13 a 15, 20, 27, 86 a 88, 96 y 112.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En tal sentido, y en aras de resolver las inconformidades planteadas en la alzada por la apoderada del demandante, partirá la Sala por analizar lo relativo al salario integral.

El artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, regula lo referente a la libertad que tienen las partes de la relación laboral para establecer el salario y sus diversas modalidades, claro está, siempre y cuando se respete el mínimo legal vigente.

El salario integral, preceptuado en la disposición en comento, se erige como una excepción a los parámetros tradicionales, y tiene como fin, además de retribuir el trabajo ordinario, compensar de antemano las prestaciones sociales legales o extralegales, recargos o beneficios generados durante la ejecución del contrato. Puntualmente señala la norma:

*“(...) cuando el trabajador **devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimo mensuales**, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de las prestaciones sociales, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.*

En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía.”

En los términos del citado artículo, para que exista salario integral es necesario que concurren dos elementos esenciales, a saber: i) Una asignación superior a 10 salarios mínimos legales vigentes más el factor prestacional que no podrá ser inferior al 30% de dicha cuantía; ii) la estipulación por escrito de dicha modalidad salarial.

En ese sentido, carecerá de eficacia la estipulación que se realice con el desconocimiento de tales presupuestos, y por tanto la remuneración irregularmente estipulada no se considerará integral sino común con las respectivas consecuencias prestacionales.

Sobre la materia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de referirse, entre otras, en la sentencias SL3192 de 2018 y SL13308-2016 que reiteraron lo expresado por en las sentencias del 15 mayo 2007, rad. 28256 y 10 agosto 1998, rad. 10799, en la cual recordó:

“I) En los términos de la Ley 50 de 1990, art. 18, ordinal 2, el integral es un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compensa de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios que por virtud legal o convencional correspondan al trabajador tales como los recargos por trabajo nocturno, extraordinario o en días domingos o festivos, las primas legales o extralegales, el auxilio de cesantía y sus intereses, los subsidios y suministros en especie y en general, los derechos que se incluyan en la pertinente estipulación, salvo las vacaciones.

Solo es posible pactar salario integral cuando el trabajador devengue una retribución ordinaria superior a (10) salarios mínimos legales mensuales y es indispensable que la respectiva cláusula conste por escrito, de manera que si no se llenan éstos requisitos opera la ineficacia establecida en el artículo 43 C.S.T. y por tanto la remuneración irregularmente estipulada no se considerará integral sino común con las respectivas consecuencias prestacionales.

En lo que concierne al contenido mismo del pacto la ley define unas pautas generales y un mínimo. Con referencia a lo primero es claro que el salario integral comprende dos conceptos a saber: la retribución del trabajo ordinario y la compensación anticipada de prestaciones, recargos y beneficios (elemento compensatorio). Así mismo el legislador enuncia varios derechos que podrían conformar el elemento compensatorio, pero de la letra de la norma no se desprende que la relación contenida en ella comporte una imposición mínima y, antes por el contrario, es dable colegir que deja a las partes en libertad para precisar los componentes, sin que sea forzoso contemplar todos los que menciona la disposición.

De otra parte, el aludido artículo 18 de la Ley 50 de 1990, en el inciso segundo del ordinal segundo, define el salario integral mínimo al establecer que “...en ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía...”.

Con fundamento en esta norma se deriva, en consecuencia, que el salario integral mínimo permitido por la ley es el equivalente a 13 salarios mínimos legales mensuales, ya que cuando la disposición se refiere “..al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía...”, dentro del contexto del inciso es innegable que alude a los 10 salarios mínimos legales mensuales, pues es la única cuantía mencionada, y no el elemento compensatorio, el cual se traduce, según se ha observado en las prestaciones, recargos y beneficios que se anticipan con la remuneración y por obvias razones mal podría reducirse al 30% de sí mismo. Se reitera por tanto que en una determinada empresa no es dable acordar salarios integrales inferiores a 10 salarios mínimos mensuales más el factor prestacional de la empresa, que no podrá ser inferior a 3 mensualidades del salario mínimo legal.

En el caso de autos se tiene que las partes en el contrato de trabajo suscrito, frente al salario, estipularon lo siguiente (folios 14 y 15, 87 y 88):

“OCTAVA: SALARIO INTEGRAL; El Empleador, cancelara (sic) al Trabajador, un salario integral pactado en OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$800.000). Pagaderos en el lugar de trabajo, el día uince (sic) (15) de cada mes. Dentro de este pago se encuentran incluidos la remuneración de los descansos dominicales y festivos de que tratan los capítulos I y II del Título VII del Código Sustantivo del Trabajo. Es de advertir que dicho trabajo debe ser autorizado u ordenado por el Empleador para efectos de su reconocimiento. Cuando se presente situaciones de fuerza mayor caso fortuito que requieran la necesidad de este trabajo suplementario, se deberá ejecutar se dará cuenta de ello por escrito en el menor tiempo posible al jefe inmediato, de lo contrario las horas laboradas de manera suplementaria que no autorizó o no se notificó no serán reconocidas. PARAGRAFO: - EL TRABAJADOR se obliga a laboral la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por el empleador, pudiendo este hacer ajustes o cambios de ajustes cuando lo estime necesario”

Como puede verse, aun cuando se le dio denominación a la cláusula de “salario integral” el monto de la remuneración pactada correspondió a la suma de \$800.000, cifra que resulta ser muy inferior al salario mínimo integral vigente para el 2016 –fecha de suscripción del contrato- que ascendía a \$8.962.915. Además, según se observa en la documental de folios 27, 32 a 47 y 48, el salario devengado por el actor en el año 2017 fue de \$900.000, el cual tampoco se ajusta a lo previsto en el artículo 132 del C.S.T., siendo ineficaz el acuerdo por no respetar el tope mínimo legalmente exigido, atendiendo que el actor laboraba la jornada ordinaria.

Es de señalar, en la estipulación hecha por las partes nada se dijo respecto a la compensación anticipada de las prestaciones sociales que le corresponden al trabajador, y aun cuando se estableció que el salario retribuía el descanso dominical y festivo, tal circunstancia no le quita el verdadero carácter de común u ordinario al salario pactado por los contratantes, pues en los términos de los

artículos 172 y 177 del C.S.T., el empleador está obligado a retribuir el descanso dominical y festivo.

Adicionalmente, nótese que tampoco se incluyó dentro de la remuneración lo atinente a horas extras o trabajo suplementario, reconociendo la demandada que el reconocimiento y pago de los mismos estaría supeditado únicamente a la autorización previa y expresa del empleador, por ello, aunque no se evidencia el pago de estos conceptos –trabajo suplementario u horas extras- en los reportes de nómina que se trajeron al expediente (folio 32 a 51), ello no implica *per sé* que se entendieran retribuidos con el salario cancelado mensualmente al trabajador pues la ausencia de cancelación puede obedecer a la no causación de tales, advirtiendo, el actor no demostró que haya laborado tiempo extra a la jornada ordinaria.

Para la Sala es claro, aun cuando se denominó “*salario integral*” a la retribución que percibiría el demandante por la prestación personal de sus servicios a favor de la empresa demandada, lo cierto es que esta última siempre le dio el tratamiento de un salario ordinario, tanto así que efectuó el pago de las prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo como puede verse a folio 27.

De conformidad con lo anterior, los documentos adosados en el plenario, permiten inferir que tanto la entidad empleadora como el trabajador eran conscientes de que la modalidad de remuneración de los servicios prestados era la de salario ordinario.

En conclusión, pese a que la estipulación del salario integral no requiere de fórmulas sacramentales y las partes pueden incluso acordar un salario mixto, no debe olvidarse que el pacto solo surtirá efectos si la modalidad adoptada se ajusta a los requisitos legales mínimos, lo que no ocurrió en el caso de marras, pues como se vio el demandante en la realidad y pese a la denominación que se dio en la minuta contractual, siempre percibió una remuneración ordinaria que fue inferior a los 10 SMLMV más el 30% de la carga prestacional, que constituye salario integral.

Atendiendo tales consideraciones no hay lugar a revocar la sentencia apelada en este aspecto.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$400.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA INÉS LÓPEZ
VÁSQUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 35 2018 00354
01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES mediante correo electrónico del 14 de julio de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida

por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de junio de 2020 (Audiencia virtual, récord 01:23:24, acta de audiencia digital, expediente electrónico), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas las pretensiones reclamadas en su contra por la señora demandante GLORIA INÉS LÓPEZ VÁSQUEZ.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a GLORIA INÉS LÓPEZ VÁSQUEZ señalando como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000.

TERCERO: En caso de no ser apelada esta decisión, remitiremos al tribunal superior de Bogotá para que tramite el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

En sustento de ello refiere, sigue el Juzgado en una rebeldía infundada y obstinada contra la jurisprudencia consolidada por el órgano de cierre de esta jurisdicción, con relación a la carga de la prueba en cabeza de las AFP, no siendo dable generar una discusión social frente a un posible detrimento en la situación económica del país, pues lo que se está debatiendo es la nulidad de la afiliación en tanto brillan por su ausencia las proyecciones pensionales, la entrega del manual instructivo que debió ser aportado por los fondos y no pasar inadvertidas, como se hizo, las falencias informativas en cabeza de las administradoras demandadas, menos, so pretexto de no encontrarse acreditado el menoscabo o perjuicio ocasionado a la actora cuando es claro que en el régimen de prima media su pensión sería, como mínimo, del 65% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años mientras que el RAIS equivaldría a un SMLMV.

En ese orden, considera, el juez debió analizar el asunto en los términos señalados por la Corte y no a favor de los fondos, con base en las pruebas que estos debieron anexar desde la contestación, pues no le era dable apartarse del precedente¹ (Audiencia virtual, récord 01:24:22, acta de audiencia digital, expediente electrónico)

¹ “Como apoderado de la señora GLORIA LÓPEZ me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho calendada el día de hoy, de la siguiente manera:

Con el debido respeto señor juez, que le profiero a cada uno de los jueces en las audiencias a las que asisto, como lo dije con las dos tutelas reiteradas de las 30 que van a salir para esta temporada, en donde los jueces o magistrados se apartan de la línea jurisprudencial, que si bien es cierto, mis argumentos en la formulación

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante GLORIA INÉS LÓPEZ VÁSQUEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (folios 48 a 51) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos a folios 45 a 48, aspirando se declare la nulidad de la vinculación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A. (sic). En consecuencia, se ordene su traslado o retorno al régimen de prima media con prestación definida, para lo cual PORVENIR S.A. deberá enviar los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, efectuando el reembolso de manera integral, incluyendo los cobros y gastos de administración descontados, los rendimientos causados en los términos del artículo 1746 del Código Civil y asumiendo “el deterioro sufrido por el bien administrado”. Así mismo, se ordene a

de mis alegatos de conclusión insinuaban que cuando el juez se aparta de la línea jurisprudencial, y en este caso su señoría, se ha apartado aduciendo que la señora GLORIA o el demandante o el apoderado no allegaron la prueba donde se demostraba el perjuicio que se le cometía, con el debido respeto le digo que sigue su despacho con una rebeldía infundada y obstinada contra la jurisprudencia consolidada de la corporación un órgano de cierre, ¿Por qué? Es (sic) los fondos privados los que tiene que demostrar la carga de la prueba y no pretender en la audiencia no se puede demostrar sentimiento de dolor o afectivos, sí tratar de generar una discusión social al decir que el fondo privado es lo que uno haya ahorrado y en el régimen de prima media se va a generar un menoscabo de la situación económica del país, no señor juez, no es lo que se está pidiendo, lo que se está debatiendo es la nulidad de la afiliación porque los dos fondos convocados a esta audiencia, como se demuestra, honorables magistrados, brilla por su ausencia en las contestaciones de la demanda las proyecciones que le debieron haber hecho, reitero, el manual instructivo que debió haber allegado cada uno de los fondos en el respectivo traslado donde se le daba o se le insinuaba todo, y no ahorita señor juez, donde el juez de instancia su señoría, pretende pasar inadvertidas las falencias informativas de los fondos, menos considerar que ello no es del resorte porque no allegó el demandante la demostración del menoscabo o perjuicio ocasionado si es claro y entendible señor juez que por mal que le fuera la señora GLORIA la pensión en el régimen de prima media sería pensionada con el 65% del promedio de los últimos 10 años, mientras el fondo ya lo dijo, de lo que usted tomó base o fundamento para la exoneración de cada una de las pretensiones, y fue que el mismo asesor del fondo le dijo que iba a salir pensionada con el mínimo.

Señor juez, con el debido respeto, debió haber hecho el análisis tal como la Corte le ha dicho, no el análisis a favor de los fondos sino el análisis de las pruebas que ellos debieron anexar en la contestación reitero, por lo anterior le ruego al honorable tribunal que en virtud que si bien es cierto, las sentencias de tutela no son generales sino unipersonales, en dichas tutelas de la doctora Clara Cecilia Dueñas del 18 de marzo de 2020 con los radicados 58266 y 58288 se hace un análisis extenso de la jurisprudencia de hace más de 10 años en donde se reitera a los jueces y magistrados que no se deben apartar, que la carga de la prueba a favor de los fondos, que si se aparta debe hacer un análisis exhaustivo y con el debido respeto, el análisis del señor juez fue basado en la situación económica de los fondos del régimen de prima media, eso no es de del debate del proceso, no es si la economía del país está en crisis o si el régimen de prima media va a colapsar, eso no se está debatiendo en este proceso, razón por la cual le ruego al honorable tribunal se revoque la sentencia en su totalidad y se condenen cada una de las pretensiones invocadas en la demanda a favor de mi demandante. Gracias.”

COLPENSIONES recibir los dineros trasladados y validarlos dentro de su historia laboral. De otra parte, pide se imponga el reconocimiento y pago a cargo de PORVENIR de la suma de 50 SMLMV en los términos del literal b del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas y se impusieron costas a cargo de la activa. Lo anterior tras considerar, aunque las administradoras de fondos de pensiones no acreditaron la debida información a la demandante al momento del traslado, esta no había demostrado el perjuicio que le ocasionó el traslado según lo argumentado en la demanda. Bajo este último argumento negó igualmente la indemnización por 50 SMLMV que se pretendía en el libelo.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 37 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 14 de julio de 1963, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado, por primera vez, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de octubre de 2017 (folios 29 y 30) y a PORVENIR el 20 de septiembre de 2017 (folios 23 a 27 y 28-29), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional - tenía 54 años cuando solicitó el traslado al ISS-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 518,29 semanas de cotización (folio 33 a 34 y 145 a 146) equivalentes a 10,07 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de empleada pública de la demandante (folios 127 a 141³ -labora en la rama judicial-), es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 de junio de 2001 (folios 36,33, 150, 161, 225, 33 a 34 y 145 a 146) específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS, el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la historia laboral para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de

³ Historia Laboral expedida por PORVENIR S.A.

obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, incluso al punto de desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(…)”

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues únicamente refirió, en una reunión grupal que duró alrededor de 15 minutos les indicaron de manera general que sus semanas en el ISS se iban a perder y por eso lo mejor era pasarse al fondo, empero ninguna referencia hizo respecto de las características propias del RAIS, administradas por el fondo al cual se afilió y menos aún del RPM.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 36), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (22 de junio de 2001, folio 36), el

⁵ Récord. 17:45, acta audiencia de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams.

deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados, los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, tal como se observa a folio 126, 161 y 225. Frente al traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen

a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (fl. 83), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 29 de enero de 2019 (fol. 168).

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por la demandante el 22 de junio de 2001 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la señora GLORIA INÉS LÓPEZ VÁSQUEZ se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas o gastos de administración.

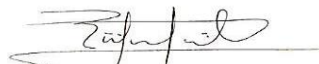
CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la PORVENIR S.A., a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EVERTH HERNANDO
ALONSO VILLALBA CONTRA COLPENSIONES y LA AFP PROTECCIÓN
(RAD. 32 2019 00233 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones y el demandante (fls.145, 147 y 148) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de junio de 2020 (Cd a folio 138, record: 1:40:52, acta a folios 139 y 140), en la que se resolvió:

***“PRIMERO:** Declarar probadas las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual formulada por Colpensiones y la inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación formulada por Protección S.A., conforme a las consideraciones expuestas.*

***SEGUNDO:** Absolver a las demandadas Colpensiones y Protección S.A., de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante **Everth Hernando Alonso Villalba**.*

***TERCERO:** Condenar en costas al demandante a favor de las demandadas, tásese por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (2) SMLMV a favor de cada una de ellas.*

***CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable al demandante remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta”*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo que el despacho se equivoca al dar por demostrado sin estarlo que con el interrogatorio de parte del actor, se demuestra que la AFP cumplió su carga probatoria, indicando su representado hace es alusión precisamente a las cosas que le dijeron para producir esa convicción y ese engaño, precisando no se puede interpretar erróneamente el hecho de haber dicho el actor que le dijeron que se podía pensionar a cualquier edad y que su pensión o que su dinero estaban en una cuenta individual pues esas son las ventajas, no obstante asegura lo que dice la corte es que no solamente le tienen que indicar esa parte positiva sino también le tienen que indicar acerca de los riesgos a los que estaba expuesto el RAIS, lo cual no le indicaron al accionante.

Respecto a la re-asesoría expresa, no se trata de diligenciar un formato ni de firmarlo, ni se trata de que exista una frase pequeña que dice que entiende y sabe todo, sino que exista una verdadera asesoría, refiriendo la AFP no informó las consecuencias de su traslado ni en 1998 ni tampoco en el año 2012 (sic), razones por las cuales solicita se declare la nulidad de la afiliación teniendo en cuenta que no se cumplieron con los requisitos del deber de información de la manera como lo han dicho los Decretos del estatuto financiero y la jurisprudencia o la doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia¹. (Cd. fol. 138, record: 1:41:51)

¹ “Muchas gracias su señoría de forma respetuosa interpongo recurso de apelación contra la decisión antes proferida, considero que el despacho se equivoca al dar por demostrado sin estarlo que, con el interrogatorio de parte, la AFP cumplió su carga probatoria si bien su señoría en el relato de mi representado él hace alusión precisamente a las cosas que le dijeron para producir esa convicción y ese engaño porque los fondos o los promotores de los fondos en esa carrera de capturar ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas ofrecían o hacían cosas si bien hoy podríamos decir que podrían darse poderse pensionar a cualquier edad como que su capital era totalmente individual no es menos que lo que dice la corte y lo que dicen y refieren los decretos referidos durante mis alegatos particularmente pues que denotan que los fondos privados son entidades financieras y por tanto les corresponde a ellos entregar una información necesaria y transparente, entonces me aparto por completo, considero que es un error por parte del despacho el dar por demostrado que la AFP cumplió con esta obligación, al interpretar erróneamente que por el hecho de haber dicho mi representado que le dijeron que se podía pensionar a cualquier edad, que le dijeron que su pensión o que su dinero era una cuenta individual pues esas son las ventajas, eso en cierta forma es lo que verdaderamente pasa, es la parte positiva del RAIS, sin embargo, lo que dice la corte es que a usted no solamente le tienen que indicar esa parte positiva, también le tienen que indicar, le tienen que decir los efectos y eso quedó plenamente demostrado a mi cliente no le comentaron acerca de los riesgos a los que estaba expuesto el RAIS, no se lo indicaron y el hecho de que claro él hubiese manifestado lo que el recuerda que le dijeron sí, pero es precisamente lo que hace parte de la estrategia para obtener un engaño porque nadie va y firma un documento sin que le digan nada.

Entonces, pienso señor juez que, o pido al honorable Tribunal que revise esa lógica aplicada en este evento en el sentido de que no debe tomarse porque le dieron entonces la información y con respecto a la re-asesoría señor Juez no solamente como también lo ha dicho la Corte, no se trata de diligenciar un formato no se trata de firmar no se trata de que exista una frase pequeña que dice que entiende y sabe todo, acá de lo que se trata es que exista una verdadera asesoría y a mi cliente como el mismo lo refirió durante todo su interrogatorio porque él lo más que indicó fue que el nunca comprendió y nunca entendió pero lo que si lo dejó convencido eran cosas como el seguro social se iba a acabar o como que se podía pensionar a cualquier edad entonces pues el confío como efectivamente lo informó, por lo tanto considero que pues el Honorable Tribunal debería revisar la justificación dada hoy por el despacho o la interpretación dada que consideramos es errónea en el

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 y 5 vto las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 y 5 aspirando de manera principal que se declare la nulidad del formulario suscrito y del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad realizado, en consecuencia se condene a Protección a realizar el traslado a Colpensiones de todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y devolución de los aportes por concepto de financiamiento, así mismo se condene a Colpensiones a recibir su afiliación y acreditar en la historia laboral el tiempo cotizado ante Protección S.A., derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia desfavorable**, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, tras considerar que el actor si recibió asesoría tanto al momento de la afiliación como con posterioridad, ya que según los dichos del actor una asesora de la AFP fue hasta la empresa donde laboraba y realizo una reunión explicando el tema del traslado de régimen, señalando el demandante no probó que dicha información no era verdadera, aunado a que la AFP le hizo un acompañamiento con una re asesoría determinando que era mejor trasladarse, no obstante asegura el *a quo hubo* descuido del actor en ello.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para

interrogatorio o en las respuestas dadas por mi cliente reiterando que, la AFP no informó las consecuencias de su traslado, no lo informó, nunca desde el 98 ni tampoco en el año 2012. De igual forma, no tomó en cuenta el Despacho el termino o el tiempo en que se lo manifestaron a mi cliente, tampoco se tomó en cuenta que la misma apoderada de Colpensiones refirió que tienen la información, ellos la tienen de cuando le fue pasada la solicitud, mi cliente no, desconocía y eso prueba que en el 2012 ni siquiera le dijeron que él podía hacer el trámite directamente y por qué no se lo dijo pues porque al fondo no le convendría que la persona se trasladara porque el fondo sigue actuando conforme a sus intereses personales y eso es una demostración que la misma asesoría que le dieron en el 98 fue la que le dieron en el 2012, por lo que, considero señor Juez o considero al Tribunal que va a validar o revisar esta apelación que se debe declarar la nulidad de la afiliación tomando en cuenta que no se cumplieron con los requisitos del deber de información de la manera como lo ha dicho los Decretos del estatuto financiero y la jurisprudencia o la doctrina ya, de la honorable Corte Suprema de Justicia. En estos términos su señoría de forma respetuosa interpongo este recurso. Muchas Gracias.”

cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, a folio 11 milita copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 30 de agosto de 1961, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2023, solicitando el traslado de régimen a Colpensiones el 5 de marzo del 2019 (fol. 19), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con tan solo 214.71 semanas de cotización (fl. 69) equivalentes a 4 años, 2 meses y 2 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, conforme se extrae de la lectura de los supuestos facticos narrados en el libelo introductor (hechos 4 a 6, fol. 4) pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 6 de julio de 1998 (fls. 12 y 124) fecha de afiliación a Protección, y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dieron la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del demandante a la AFP demandada PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(...).

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 del 3 de abril del 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el promotor del litigio recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al señor ALONSO VILLALBA en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, precisando en este punto, no comparte la Sala la conclusión del juez a quo, pues según el interrogatorio de parte⁴ si bien el actor afirmó haber recibido una asesoría que duró 30 minutos esta no fue personal sino grupal, además lo cierto es que en tal lapso no obtuvo la información necesaria por parte del asesor comercial que le diera cuenta de los beneficios, perjuicios del traslado e incluso aspectos que permitan diferenciar las características de ambos regímenes, ya que tan solo afirmó el actor que uno de los principales argumentos del asesor para efectuar el traslado de régimen era que el ISS se iba a acabar y que en el RAIS se podían pensionar a cualquier edad.

A más de lo anterior, se advierte la documental obrante a folios 113 a 115 “*Reasesoria Pensional*”, no prueba de forma alguna una asesoría o suministro de información pues conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, **ésta debe ser suministrada al momento en que se efectúa el traslado de régimen** a efectos de que tenga validez, en el sentido de que se trata de una decisión libre voluntaria y producto del conocimiento de sus implicaciones, circunstancias que a todas luces no pueden ser acreditadas con la misiva en comento pues basta con señalar que la misma data del 6 de mayo del 2013 y el

⁴ Cd fol. 138 record: 14:34

traslado de régimen mediante la afiliación a Protección se dio el 6 de julio de 1998 (fl. 12).

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen, plasmado en el formulario de afiliación a Protección (fol. 12), éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por dicha demandada (Sentencia SL12136 del 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (6 de julio de 1998, fol. 12), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, precisando en este punto, como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la filiación o cambio al régimen de ahorro individual, es procedente la devolución de las cuotas de administración, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PROTECCIÓN (fondo en el que se encuentra afiliado

el actor fls. 116 a 123), trasladar las sumas que se encuentren en la cuenta ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁵ (fls. 62 y 102 vto), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada entonces la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación conforme las motivaciones que preceden, se revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, ordenando a la demandada AFP PROTECCIÓN, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro del demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y tenga como afiliado al actor.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada Protección.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por el señor EVERTH HERNANDO ALONSO VILLALBA el 6 de julio de

⁵ Se dio por contestada la demanda por parte de Colpensiones mediante auto del 9 de agosto de 2019 (fl. 82) y por parte de la AFP PROTECCION el 6 de noviembre del 2019 (fl. 126).

1998 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá como válidamente afiliado al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración.

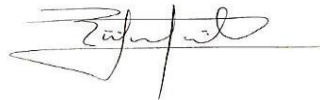
CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los saldos trasladados de la AFP PROTECCIÓN, a favor del accionante, teniéndolo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE EDILBERTO RODRIGUEZ CARDENAS CONTRA SEGURIDAD ONCOR LTDA. (RAD. 03 2018 00762 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada (fls. 256 a 258), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de diciembre de 2019 (Cd fl. 249, record 1:01:20 y acta a folios 250 y 251), en la que se resolvió:

***“ARTICULO PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante JOSÉ EDILBERTO RODRIGUEZ CARDENAS y la demandada SEGURIDAD ONCOR LTDA existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada para ejercer el cargo de escolta que inició el 1 de noviembre del año 2014 y finalizó 27 de enero de 2016 sin justa casusa por parte del empleador, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.*

***ARTICULO SEGUNDO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada SEGURIDAD ONCOR LTDA. de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.*

***ARTICULO TERCERO: CONDENAR** a la demandad SEGURIDAD ONCOR LTDA a pagar al demandante JOSÉ EDILBERTO RODRÍGUEZ CARDENAS:*

- La suma de \$451.799 por concepto de diferencia en el auxilio de cesantías.
- La suma de \$1.079 por concepto de diferencia en los intereses a las cesantías.
- La suma de \$61.085 por concepto de la diferencia en la prima servicios.
- La suma de \$238.001 por concepto de diferencia en las vacaciones.

Sumas que, por razones de equidad y justicia deberán ser indexadas al momento de su pago de conformidad como la certificación que expida el DANE.

ARTICULO CUARTO: CONDENAR a la demandada SEGURIDAD ONCOR LTDA a la suma de \$92,013.751 por concepto de indemnización por despido sin justa causa conforme a la parte motiva de esta providencia.

ARTICULO QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en sus contra por la parte demandante.

ARTICULO SEXTO: COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a cargo de la parte demandada las cuales se tasan en la suma de \$2.000.000”

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, inicialmente el apoderado de la parte actora, insistiendo en la procedencia de la condena por indemnización moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías, señalando si bien la testigo que se trajo como analista de nómina indicó que ella en el momento de liquidar la nómina lo hacía a través de un software contratado para este fin, no podía trasladar la responsabilidad de la liquidación de la nómina a una máquina ya que es el ser humano quien que alimentar la información para que esa tecnología haga la respectiva liquidación de la nómina, omitiéndose tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales el valor promedio por el concepto de los viáticos, que de acuerdo con el cálculo realizado por el despacho asciende a \$414.918, razón por la cual se demuestra y se evidencia la mala fe, expresando que igual sucedió con las cesantías, las cuales se consignaron al fondo pero en el valor que la demandada quiso, reiterando se presentó una mala fe en la liquidación de las prestaciones sociales¹. (Cd. fol. 249, record: 1:04:02)

¹ “Muy respetuosamente interpongo recurso de apelación en cuanto a lo manifestado respecto a la pretensión del reconocimiento y pago de la indemnización contemplada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y la contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, esto en cuanto a que como se sustenta.

En primer lugar señor juez iniciando la parte motiva del fallo indica claramente que hay dos cosas que son fundamentales para sustentar el presente recurso de apelación, lo primero es que lo que el señor juez manifiesta es que si bien la testigo que se trajo como analista de nómina indicó que ella en el momento de liquidar la nómina lo hacía a través de un software contratado para este fin, no podía trasladar la responsabilidad de la liquidación de la nómina a una máquina ya que es el ser humano quien que alimenta la información para que esa tecnología haga la respectiva liquidación de la nómina, y en segundo punto, correctamente menciona el señor juez que la empresa no tuvo en cuenta para el salario promedio para la liquidación de las prestaciones sociales el valor promedio por el concepto de los viáticos, que asciende a la suma, de acuerdo con el cálculo realizado por este despacho a \$414.918 que es el promedio de los viáticos.

Entonces muy respetuosamente aquí debo decir al señor juez que esas manifestaciones no son consecuentes con los argumentos que se dan para absolver a la demandada del pago de estas dos indemnizaciones, ya que aquí sí se demuestra y sí se evidencia la mala fe, y no puede el señor juez de primera instancia indicar que no hay mala fe ya que se pudo presentar un error en la configuración del sistema y que eso impidió que se tuviera en cuenta esa incidencia salarial de los viáticos para la liquidación de prestaciones sociales cuando, reitero, aquí lo que se dio fue que la persona de nómina no ingresó al sistema el valor correspondiente a ese promedio de los viáticos para liquidar las prestaciones sociales.

Si bien su señoría, honorable tribunal superior de Bogotá, puede presentarse la prescripción frente a unos derechos, pero alcanza a demostrarse que hay derechos que no se le reconocen a mi representado, entre ellos el pago a las cesantías, y es así como tal que este despacho está condenando a la demandada al pago o al

A su turno, la apoderado de la encartada sustenta el recurso de apelación interpuesto, señalando su inconformidad frente a la condena por reliquidación y por indemnización por despido sin justa causa, señalando que en el caso de autos con las pruebas documentales aportadas se puede verificar que en los meses en que el trabajador devengó o tuvo lugar a viáticos, esos meses fueron debidamente liquidados, considerando que como dichos viáticos fueron variables no se debe condenar al pago de diferencias.

Respecto de la indemnización por no consignación de cesantías manifiesta haber quedado absolutamente probada la obra o labor para la cual fue contratado el demandante, como también que en el contrato de trabajo, en la cláusula quinta se establecía como una causal de terminación con justa causa la terminación del esquema de seguridad para el cual fue asignado como escolta, por lo que aduce el

reajuste de unos conceptos de cesantías por no haber tenido en cuenta precisamente la incidencia salarial de los viáticos en la liquidación de las mismas.

Por eso su señoría y señores magistrados del tribunal no comparto el argumento emitido por este despacho específicamente frente a la indemnización del artículo 99 ley 50 frente a que no hubo mala fe por parte de la empresa, ya que definitivamente la empresa no tuvo en cuenta, con toda la intención del caso este ingreso, los viáticos permanentes para liquidar sus prestaciones sociales y para el caso específico, las cesantías. Entonces, si bien la mala fe no opera de manera directa, la buena fe se presume y el empleador debe demostrar en materia laboral, buena fe que en ningún momento demostró ya que incluso, y de acuerdo al análisis que hace este despacho, se ve claramente que en ningún momento tuvieron en cuenta esos viáticos y acá, tanto en el interrogatorio que se le hizo a la profesional de nómina como a los demás funcionarios, indicó siempre que si se tuvieron en cuenta esos vitico, incluso la contestación de la demanda y en las alegaciones finales presentadas por la apoderada de la demandada.

En ese sentido, no comparto la argumentación para no condenar a la indemnización moratoria en el artículo 99 de la ley 50, esto mismo opera para la indemnización contenida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, ya que esta indemnización opera por el no pago o el pago en indebida forma de las prestaciones sociales del trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo y aquí ocurre lo mismo que con las cesantías, pues hubo una diferencia de \$414.918 que no se tuvieron en el salario promedio para liquidar las prestaciones sociales del trabajador, es así como se condena al pago de los intereses a las cesantías, se condena al reajuste y pago de intereses a las cesantías, reajuste y pago de prima de servicios y reajuste y pago de vacaciones.

Eso está precisamente demostrando la mala fe de la demandada en cuanto a no tener en cuenta este concepto y estos valores para la liquidación de las prestaciones sociales, sí, efectivamente tal y como ocurrió con las cesantías que ellos consignaron en su momento al fondo, pero en el valor que ellos quisieron, al final de la relación laboral también pagaron una liquidación final de prestaciones, pero también lo hicieron sobre el valor que ellos quisieron.

Efectivamente sí se presentó una mala liquidación en sus prestaciones sociales y la mala fe incluso se puede demostrar queriendo traer un artículo contenido en el contrato de trabajo frente al presunto acuerdo de pago de algunos conceptos de incidencia salarial, lo cual no ocurrió y lo cual se pudo demostrar en el análisis que hace este despacho.

Entonces sí existe la mala fe su señoría, por lo cual solicito muy respetuosamente a este despacho, se conceda el recurso de apelación para que el honorable tribunal superior de Bogotá revoque el fallo en cuanto a estas dos pretensiones y lo argumentado por este despacho frente a la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y el artículo 99 de la ley 50 de 1990. Frente a las demás pretensiones en la parte resolutive del fallo no tengo ninguna objeción su señoría.”

contrato si termino con justa causa amparados no solo por la normatividad laboral vigente sino por las normas que las partes fijaron dentro de su relación laboral². (Cd. fol. 249, record: 1:11:58)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, JOSE EDILBERTO RODRÍGUEZ CARDENAS las pretensiones visibles a folios 4 a 6, las cuales se sustentaron con los supuestos facticos narrados a folios 6 a 8, encaminadas de manera principal a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1° de noviembre del 2014 al 27 de enero del 2016, en consecuencia se condene a pagar la reliquidación y pago de prestaciones sociales (prima de servicios, intereses sobre las cesantías, auxilio de cesantías) y vacaciones teniendo en cuenta la incidencia salarial de los viáticos pagados de manera permanente, la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías, indexación legal,

² “Me permito presentar recurso de apelación al fallo expedido el día de hoy frente a las condenas que se dieron para mi representada, esto es referente a la condena por reajuste toda vez que según afirma usted señor juez, no se tuvo en cuenta las viáticos para la liquidación de los salarios y la liquidación final del contrato de trabajo.

Uno puede observar en las pruebas documentales que aportamos en la contestación de la demanda que en los meses en que el trabajador devengó o tuvo lugar a viáticos, esos meses fueron debidamente liquidados, por ejemplo noviembre de 2014, diciembre de 2014, febrero de 2015 y así sucesivamente podría relacionar y relatar los viáticos y a los cuales se les tuvo en cuenta con incidencia salarial sobre los cuales se pagaron las prestaciones sociales al demandante y se liquidó finalmente. Con estos viáticos la base salarial se constituía variable, no considero pertinente que se deba realizar esa condena por la diferencias y según el juicio del despacho, por no tener en cuenta los viatico.

También presento recurso de apelación frente a la indemnización por despido sin justa causa, quedó absolutamente probado la obra o labor para la cual fue contratado el demandante, y quedó absolutamente probado que en el contrato de trabajo, en la cláusula quinta del contrato de trabajo se establecía como una causal de terminación con justa causa la terminación del esquema de seguridad para el cual fue asignado como escolta, entonces no encuentro a bien que considere el despacho que el contrato de trabajo se terminó sin justa causa, el contrato de trabajo se terminó con justa causa y estamos amparados no solo por la normatividad laboral vigente sino por las normas que las partes fijaron dentro de su relación laboral.

En este sentido no encuentro procedente la sentencia por medio de la cual nos condenan a indemnización por despido sin justa causa con los argumentos que se ofrecieron. Frente a las otras pretensiones y de las cuales fuimos absueltas no tengo pronunciamiento toda vez que estoy de acuerdo por lo estipulado por el despacho, hubo absolutamente buena fe del empleador, por lo que no hay lugar a condenas en este sentido.

Señor juez, presentaré en su debido momento la sustentación de este recurso debidamente para que así lo tenga en cuenta el tribunal en su estudio. Muchas gracias”

derechos *ultra y extra petita*, gastos y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus pretensiones por cuanto se condenó al pago de la indemnización por despido injusto en suma de \$92.013.751 tras considerar que la obra para la cual fue contratado el accionante no termino y en ese orden no se acreditó la justa causa alegada por la demandada, igualmente condenó al pago de la reliquidación por concepto de diferencias de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, al encontrar que la demandada no tuvo en cuenta el promedio de lo devengado por el actor por concepto de viáticos, así mismo declaro probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias salariales causadas con anterioridad al 5 de diciembre del 2015, absolviendo de la indemnización moratoria e indemnización por no consignación de cesantías al no evidenciar un actuar malintencionado de la accionada en la liquidación de las prestaciones del actor.

De esta manera, previo a abordar el estudio de fondo de la controversia planteada, ha de señalarse no es objeto de debate en esta instancia que entre el demandante y la empresa traída a juicio, existió un contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada vigente entre el 1° de noviembre del 2014 y el 27 de enero del 2016, aspecto que además de no ser objeto de apelación, puede constatarse con la documental visible a folio 57 del expediente.

Pues bien, procede la Sala con el estudio de los motivos de apelación y por razones de método, inicialmente, se abordará el estudio de los puntos señalados por la apoderada de la encartada, esto es lo atinente a determinar si en la terminación de la relación laboral medio o no justa causa y en consecuencia, establecer la procedencia de la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

Establecido lo anterior, es menester analizar en primer lugar si en verdad el despido se produjo, y más aún, si este obedeció a una justa causa, para lo cual, es preciso recordar que, el trabajador corre con la carga de demostrar el hecho del despido y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido, no pudiendo

detenerse el fallador en el examen de conductas que no se adujeron como causal de despido.

Pues bien, advirtiendo que no es objeto de controversia en esta instancia, que la terminación de la relación laboral que ató a las partes, fue decisión del empleador, es menester traer a colación la documental visible a folio 59, consistente en la misiva fechada del 26 de enero del 2016, mediante la cual, la traída a juicio comunicó al demandante sobre la terminación del vínculo laboral, en los siguientes términos:

“Por medio de la presente me permito comunicarle que la compañía ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo, de conformidad con la cláusula Quinta de las Terminaciones Unilaterales, del contrato suscrito por las partes, que al tenor dice: “la terminación del esquema de Seguridad para el cual fue asignado como escolta” y dada la comunicación por parte del cliente en la que manifiesta que el esquema asignado a la gerencia PMRB, al cual se encontraba asignado, termina a partir del día 27 de enero del 2016. Adicionalmente es importante aclarar que la modalidad de su contratación es por obra o labor, la cual está sujeta a la terminación de la obra o labor la cual dio origen a su contratación.”

Conforme lo anterior, atendiendo a que la razón expuesta por el empleador, para finalizar el vínculo, fue la terminación de la obra para la cual fue contratado el demandante, para esta Sala de decisión, es claro que el promotor del juicio demostró que la terminación del contrato fue decisión de la demandada, trasladándose la carga probatoria, correspondiendo a la encartada acreditar si realmente el vínculo feneció por un modo legal de terminación, como lo es la “*terminación de la obra o labor contratada*” (at. 61 literal d C.S.T) aspecto que entra la Sala a verificar, atendiendo a los argumentos expuestos por la apoderada de Seguridad Oncor Ltda., en la alzada.

En ese orden, ha de precisarse, respecto de la existencia del contrato de obra o labor determinada se encuentra a folios 52 a 56 prueba documental del mismo, el cual evidencia que las partes traídas a juicio, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acordaron celebrar un contrato por la duración de una obra o labor determinada, estipulándose que la obra o labor contratada correspondía a:

*“cumplir con la función de ESCOLTA para el esquema del señor **C. GCP Puerto Berrio** (...) en desarrollo del contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada número 5217271, firmado entre SEGURIDAD ONCOR LTDA y ECOPETROL S.A., por lo tanto la duración de la obra, está determinada por la continuidad del esquema de seguridad para el cual es contratado y/o por la vigencia del contrato y sus prorrogas en caso de haberlas.”*

De igual forma, resulta importante destacar que la cláusula tercera y quinta del contrato indican (fls. 53 y 55):

“DURACION DEL CONTRATO: el presente contrato se celebra por el tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada de acuerdo con las condiciones generales que se señalan al inicio del presente contrato.

TERMINACION UNILATERAL. (...) La terminación del esquema de seguridad para el cual fue asignado como ESCOLTA”.

Así mismo se aportó el contrato No. 5217271 suscrito entre ECOPETROL S.A. y SEGURIDAD ONCOR LTDA. (fls. 184 a 237) cuyo plazo de ejecución se inició el 1° de noviembre del 2014 conforme se indica a folio 183 y cuyo objeto fue: *“Servicio de seguridad privada en la modalidad de escolta para ser asignado a la protección de trabajadores, carga y/o mercancías de ECOPETROL S.A. a nivel nacional”* (fl. 184 vto)

Igualmente resulta, relevante para resolver la controversia traída a los estrados, la comunicación visible a folio 60, la cual corresponde a una respuesta emitida por Ecopetrol, a un requerimiento elevado por el actor indicando: *“El precitado contrato inicio el día 01 de noviembre de 2014 y terminó el 31 de enero de 2018”*

Aunado a lo anterior, se recibieron los testimonios de CARLOS FERNANDO AREVALO YEPES³ (Gerente administrativo de la demandada), JHON MOISES MUNERA PINZON⁴ (Coordinador de Operaciones de la demandada) y MARIA CRISTINA MORALES PERDOMO⁵ (Gerente Jurídica de la demandada), quienes refirieron que el demandante estuvo asignado a la Gerencia de Control de Perdidas (GCP) y también al Proyecto de Modernización de la Refinería de Barranca (PMRB) asignándosele como escolta del señor Luis Cáceres, asegurando el contrato terminó por solicitud de Ecopetrol pues por un proceso de optimización se cancelaron unos servicios y uno de ellos era al que estaba asignado el actor, asegurando el gerente administrativo de la encartada que no tenían donde reubicarlo. Igualmente la deponente Morales Perdomo señaló que el contrato del demandante estaba atado directamente al contrato macro con Ecopetrol y no a un esquema de seguridad especial.

³ Cd fl. 246, record: 19:21

⁴ Cd fl. 246, record: 30:00

⁵ Cd fl. 246, record: 47:54

Pues bien, del análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos, se puede establecer, que la terminación del contrato de trabajo del demandante con la encartada, no derivó de la culminación de la obra o labor para la cual fue empleado el actor, por cuanto, desde el contrato de trabajo, las partes estipularon, que la obra para la cual se contrataba al demandante, correspondía a la ejecución de labores propias de escolta para el esquema de GCP "Gerencia de Control de Perdidas" en desarrollo del contrato No. 5217271 que se suscribió entre la traída a juicio y Ecopetrol y en ese orden, conforme la comunicación expedida por Ecopetrol, dicho contrato finalizó el 31 de enero del 2018, fecha muy posterior a la data en la cual se terminó el contrato de trabajo del demandante (27 de enero del 2016, fol. 58) lo que evidentemente conlleva a concluir que para la fecha en que se finalizó el vínculo laboral del demandante la obra o labor para la que fue contratado no había terminado.

Nótese que en la misiva de finalización del contrato se adujo que el esquema asignado a la gerencia PMRB "Proyecto de Modernización de la Refinería de Barrancas" había culminado, no obstante como atrás se anotó el actor fue vinculado no en especial para ese contrato sino para el esquema de GCP "Gerencia de Control de Perdidas" del cual no se tiene noticia que hubiese finalizado para tal data, incluso y teniendo en cuenta las manifestaciones de la Gerente Jurídica de la demandada en su testimonio, resulta que el contrato del actor no estaba ligado a un esquema de protección en especial sino al contrato suscrito con Ecopetrol cuyo objeto no se centró únicamente a la seguridad de la GCP ni del PMRB sino "*a la protección de trabajadores, carga y/o mercancías de ECOPETROL S.A. a nivel nacional*" (fl. 184 vto), de modo que al no haberse establecido que la labor del demandante en la ejecución del contrato No. 5217271 se limitara a un esquema de protección determinado y menos al del Proyecto de Modernización de la Refinería de Barrancas por el cual se le terminó el contrato, se ha de concluir que en efecto la finalización del contrato de trabajo del demandante por parte de SEGURIDAD ONCOR LTDA no lo fue en virtud del modo legal que se aduce por ésta accionada (fin de la obra o labor) ni tampoco por una justa causa dispuesta por la ley, resultando por ende acertada la decisión de la *a quo* en cuanto a la condena impuesta por la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T, sin que la cuantía impuesta fuera motivo de apelación.

Ahora en lo que atañe a la reliquidación de las prestaciones sociales del actor teniendo en cuenta el valor de los viáticos devengados, lo primero que ha de advertirse es que su causación ni su incidencia salarial se está desconociendo por la empresa accionada, girando el debate únicamente en torno a verificar si dicho valor fue correctamente aplicado en liquidación efectuada por la accionada, precisándose el juez de primer grado declaro probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 5 de diciembre del 2015, sin que tal decisión fuera objeto de reproche por las partes ante esta instancia y en ese orden analizados los comprobantes de nómina obrantes a folios 121 a 159 aportados por la demandada, promediando cada uno de los salarios devengados durante los años 2014 a 2016, se advierte contrario a lo referido por el *a quo* que la demandada para la liquidación de prestaciones del periodo por este declarado **5 de diciembre del 2015 al 27 de enero del 2016**, si tomó en cuenta todos los factores constitutivos de salario incluidos los viáticos, pues contrastados los valores obtenidos por esta Corporación (ver anexo 1) con los que se indican a folio 50 de la demanda (liquidación de prestaciones) se advierten valores incluso superiores a los aquí encontrados así:

Año 2015: Promedio salario diario \$124.140 (mensual \$3.724.210) y el tomado por la accionada fue de **\$135.682,35** (mensual \$4.070.740).

Año 2016: Promedio salario diario \$113.436 (mensual \$3.403.080) y el tenido en cuenta por la demandada fue de **\$126.040** (mensual \$3.781.200), indicándose para este mes el actor no devengó viáticos.

De esta manera, como quiera que en efecto se probó que la liquidación de prestaciones se efectuó por parte de la demandada conforme a derecho deberá revocarse la condena impuesta relacionada con el pago de diferencias por reliquidaciones de prestaciones sociales y vacaciones, y en este orden de ideas, por sustracción de materia no se estudiará la apelación del demandante encaminada a obtener el pago de la indemnización moratoria e indemnización por no consignación de cesantías, derivadas de las diferencias encontradas por el juez de primer grado en la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del pago de la reliquidación de prestaciones y vacaciones, así como el pago de la indexación ordenada, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, el fallo de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego Fernando Guerrero Osejo

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

ANEXO 1

Promedio de Salarios

Año	Mes	Folio	Concepto	Valor Reconocido
2014	Noviembre	121	sueldo	\$ 1.974.270
				\$ 411.306
			Horas extras	\$ 197.427
				\$ 214.085
				\$ 106.528
				\$ 221.290
		subtotal	\$ 3.124.906	
	Diciembre	123	sueldo	\$ 1.974.270
				\$ 411.306
			Horas extras	\$ 197.427
				\$ 604.620
			125 viaticos	\$ 221.990
			\$ 3.409.613	
Total Dias Trabajados				\$ 60
Total Salarios Devengados				\$ 6.534.519
Salario Promedio Diario				\$ 108.909
Promedio Salarial Mensual				\$ 3.267.260

Año	Mes	Folio	Concepto	Valor Reconocido
2016	Enero	157	Sueldo	\$ 2.133.916
				\$ 430.225
			Horas Extras	\$ 206.508
				\$ 632.431
				\$ 3.403.080
				Total Dias Trabajados
Total Salario Devengado				\$ 3.403.080
Salario Promedio Diario				\$ 113.436

Año	Mes	Folio	Concepto	Valor Reconocido
2015	Enero	127	Sueldo	\$ 1.974.270
				\$ 411.306
			Horas Extras	\$ 197.427
				\$ 604.260
				Subtotal
	Febrero	129	Sueldo	\$ 2.065.080
				\$ 430.225
			Horas Extras	\$ 206.508
				\$ 632.431
				\$ 221.290
		Subtotal	\$ 3.555.534	
	Marzo	132	Sueldo	\$ 2.065.080
				\$ 430.225
			Horas Extras	\$ 206.508
				\$ 632.431
				\$ 221.290
		Subtotal	\$ 3.555.534	
	Abril	135	Sueldo	\$ 2.065.080
				\$ 430.225
			Horas Extras	\$ 206.508
				\$ 632.431
				Subtotal
	Mayo	136	Sueldo	\$ 2.065.080
				\$ 430.225
			Horas Extras	\$ 206.508
				\$ 632.431
				\$ 110.645
		Subtotal	\$ 3.444.889	
	Junio	138	Sueldo	\$ 2.065.080
				\$ 430.225
			Horas Extras	\$ 206.508
				\$ 632.431
				\$ 331.935
		Subtotal	\$ 3.666.179	
	Julio	142	Sueldo	\$ 2.065.080
				\$ 430.225
			Horas Extras	\$ 206.508
				\$ 632.431
				\$ 553.225
		Subtotal	\$ 3.887.469	
	Agosto	144	Sueldo	\$ 2.065.080
				\$ 430.225
			Horas Extras	\$ 206.508
				\$ 632.431
				\$ 442.580
		Subtotal	\$ 3.776.824	
	Septiembre	146	Sueldo	\$ 2.065.080
				\$ 430.225
Horas Extras			\$ 206.508	
			\$ 632.431	
			\$ 553.225	
	Subtotal	\$ 3.887.469		
Octubre	149	Sueldo	\$ 2.065.080	
			\$ 430.225	
		Horas Extras	\$ 206.508	
			\$ 632.431	
			\$ 553.225	
	Subtotal	\$ 3.887.469		
Noviembre	151	Sueldo	\$ 2.065.080	
			\$ 430.225	
		Horas Extras	\$ 206.508	
			\$ 632.431	
			\$ 774.515	
	Subtotal	\$ 4.108.759		
Diciembre	154	Sueldo	\$ 2.133.916	
			\$ 430.225	
		Horas Extras	\$ 206.508	
			\$ 632.431	
			\$ 995.805	
	Subtotal	\$ 4.398.885		
Total Dias Trabajados				\$ 360
Total Salarios Devengados				\$ 44.690.518
Salario Promedio Diario				\$ 124.140
Promedio Salarial Mensual				\$ 3.724.210

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALVARO RAMON GONZALEZ SERJE CONTRA COLPENSIONES y la AFP PORVENIR (RAD. 32 2019 00001 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante, Colpensiones y Porvenir (fls. 176, 177, 179 y 181 a 184) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, así como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de julio de 2020 (Cd a folio 163, record: 1:06:24, acta a folios 164 a 166), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen efectuado por el demandante ALVARO RAMÓN GONZÁLEZ SERGE de fecha 18 de mayo de 1995 a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, el porcentaje de administración y el bono pensional si a ello hubiere lugar.

TERCERO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante ALVARO RAMÓN GONZÁLEZ SERGE como afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásese por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, **SIN COSTAS** respecto de COLPENSIONES.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, **REMITASE** al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión, inicialmente el apoderado de la AFP PORVENIR manifestando que sí se logró desvirtuar la negación indefinida, toda vez que se aportó el formulario de afiliación el cual fue suscrito de manera libre y voluntaria, no fue tachado de falso y se presume auténtico en los términos de los artículos 244 y 243 del código general del proceso, señalando el consentimiento informado apenas vino a aparecer en el año 2014, por tanto en estos términos el consentimiento vertido en el formulario cumple con todos los requisitos legales para el año 1995 y es absolutamente válido, indicando que para el año 1995, la situación financiera del Seguro Social era evidentemente mala, la gente moría esperando las pensiones y el Seguro Social estaba en un declive sistemático que posteriormente, 17 años más tarde se desarrolló en la liquidación de este, por lo tanto, no se indujo en ningún momento al error al demandante al advertirle dicha situación.

Ahora, sobre las cuotas de administración y la condena a restituir estas precisa que si se sigue dicho argumento los rendimientos financieros tampoco se debieron generar toda vez que el demandante en el régimen de prima media no genera rendimientos financieros, por lo tanto se está propendiendo a un enriquecimiento sin causa, y en ese orden también el demandante debería restituir los frutos financieros de los cuales se sirvió en su cuenta de ahorro individual.

Respecto de la condena en costas, tampoco comparte esa decisión pues en su sentir no cumple con los requerimientos de los acuerdos establecidos para tasar las agencias en derecho¹. (Cd. fl. 163, record: 1:08:59)

¹ “Señor juez, sea esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación contra la providencia acabada de proferir por el despacho y con el respeto que amerita el despacho sobre este término. Fundamento mis reparos concretos en que no se comparte lo decidido por el juzgado en relación a que se declare la ineficacia del traslado, se condene a mi representada a hacer los traslados de los aportes de la cuenta individual con los ejercicios financieros y bonos pensionales, ni sobre la condena de los gastos de administración y la condena en costas, lo anterior fundamentado en lo siguiente.

Sea lo primero establecer que sí se logró desvirtuar la negación indefinida, insisto, no es una carga dinámica de la prueba en los términos del artículo 67, toda vez que se aportó el formulario de afiliación el cual fue suscrito de manera libre y voluntaria, no fue tachado de falso, se presume auténtico en los términos de los

COLPENSIONES por su parte apela la decisión, expresando que dentro del proceso efectivamente no se probó que haya existido una falta de información por parte de la AFP y por ende no es posible declarar una ineficacia de este acto jurídico de traslado por una supuesta falta de información que no existió, advirtiéndose hay que hacer la diferencia entre un afiliado lego y uno no lego y en este caso asegura que al ser el demandante un profesional de Derecho, tenía pleno conocimiento de la ley, así mismo debía tener el conocimiento al momento de realizar el traslado, de la expedición de la ley 100 de 1993 y de los regímenes pensionales.

artículos 244 y 243 del código general del proceso y en los términos de la jurisprudencia que en algún punto dice que si bien estos formularios establecen el consentimiento, más no el consentimiento informado, también hay que remitirnos a la jurisprudencia la cual establece que el consentimiento informado apenas vino a aparecer en el año 2014, por tanto, en estos términos el consentimiento informado (sic), por tanto en estos términos el consentimiento vertido en el formulario que cumple con todos los requisitos legales para el año 1995 es absolutamente válido.

Así mismo el hoy demandante manifestó que los argumentos del asesor de HORIZONTE en su momento, fueron suficientes y claros para que el pasara, motivo por el cual no realizó ninguna pregunta al asesor, esto es un indicio que da fe que el sí quiso trasladarse. Sobre el indicio al error que se manifiesta en la parte motiva de la sentencia, sobre la situación es importante resaltar que para el año 1995, la situación financiera del Seguro Social era evidentemente mala, era evidente que la gente moría esperando las pensiones y que el Seguro Social estaba en un declive sistemático que posteriormente, 17 años más tarde se desarrolló en la liquidación de este, por lo tanto, ese argumento no se comparte por este apoderado pues no se indujo en ningún momento al error al demandante dentro de este proceso.

Ahora, sobre las cuotas de administración y la condena a restituir estas y el argumento esbozado por el juzgado en el sentido de establecer que estas nunca se debieron generar, es decir, se está dando aplicación al artículo 1746 del código civil, lo propio es que si seguimos este argumento los rendimientos financieros tampoco se debieron generar toda vez que el demandante en el régimen de prima media no genera rendimientos financieros, por lo tanto se está propendiendo un enriquecimiento sin causa, en ese sentido se debió ordenar bajo la lógica de los gastos de administración, también al demandante restituir los frutos financieros de los cuales se sirvió en su cuenta de ahorro individual, esto en términos de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil, que sin lugar a dudas es la más experta en este tema que establece que cuando se declare nulo un contrato y se surta de frutos civiles de esta contrato cualquiera de las partes, en ninguna parte dice que debe ser la parte vencida en juicio, debe restituir, por algo se llaman restituciones mutuas.

Entonces si en este caso las cuotas de administración no se debieron generar, tampoco, si se genera la ficción jurídica que siempre estuvo de manera indefinida y sin solución de continuidad en el régimen de ahorro individual, en este caso también tendría que restituirse los ejercicios financieros que quedaron en la cuenta de ahorro individual y de los que hoy se está lucrando el hoy demandante, frente a ese punto la Corte Constitucional en sentencia C-345 ha establecido que las consecuencias jurídicas de una ineficacia de pleno derecho, que de paso debe decirse que no requiere de declaración de un juez, son las contenidas en la norma, en este caso en el artículo 271 y en ninguna parte de este artículo se establece que los gastos de administración se deban restituir, simple y llanamente se debe la validación al nuevo régimen y, en los términos del artículo 113 del código civil. Por tanto, no es posible que en el trámite administrativo, el traslado que se da no se exija los gastos de administración y en el trámite jurídico administrativo, que se tiene que surtir por las nuevas reglas generadas por la jurisprudencia sí se tenga que surtir estos gastos de administración.

Ahora, sobre la condena en costas, tampoco se comparte esa condena pues no cumple con los requerimientos de los acuerdos establecidos para tasar las agencias en derecho. En ese orden de ideas solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior en su sala laboral se sirvan revocar la sentencia en su totalidad. Muchas gracias señor juez.”

Señalando que de probarse que efectivamente existe dicha ineficacia del traslado, se debe tener en cuenta que COLPENSIONES no tiene por qué verse favorecida ni perjudicada por la decisión que se adopte en este proceso y que al declarar esta ineficacia del traslado y ordenar a COLPENSIONES tener como afiliado sin solución de continuidad al demandante, se está afectando gravemente la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social de pensiones en el régimen de prima media, toda vez que el demandante regresará a un régimen el cual por más de 25 años no lo tuvo en cuenta para realizar ningún calculo actuarial, ninguna proyección pensional ni mucho menos reservas presupuestales que pudieran ayudarle a financiar la pensión en el régimen de prima media, teniendo en cuenta que en este régimen la pensión de los afiliados no se financia únicamente con lo ahorrado a lo largo de su vida laboral sino que se da un aporte del estado a cada pensión, razón por la cual sostiene el despacho está afectando la sostenibilidad financiera, solicitando se revoque la decisión y se absuelva a su representada². (Cd. fl. 163, record: 1:13:29)

² “Estando en el término legal, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho en atención a que esta apoderada no comparte la condena impuesta a mi representada en razón a que como se manifestó en los alegatos de conclusión, COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP.

Así mismo, dentro del mismo proceso no se probó, y le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, tenga en cuenta que dentro del proceso efectivamente no se probó que haya existido una falta de información por parte de la AFP y por ende no es posible declarar una ineficacia de este acto jurídico de traslado por una supuesta falta de información que no existió, pues como se probó dentro del proceso, la AFP demandada sí cumplió con este deber legal, así mismo debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha establecido que al tratarse de un afiliado lego, hay que hacer la diferencia entre un afiliado lego y uno no lego y en este caso el demandante al ser un profesional de Derecho, tenía pleno conocimiento de la ley, así mismo debía tener conocimiento al momento de realizar el traslado de la expedición de la ley 100 de 1993, de los regímenes pensionales.

Igualmente, el demandante en su interrogatorio de parte manifestó que la información que le había dado la AFP HORIZONTE en ese momento hubiera sido tan clara que no tuvo necesidad de realizar pregunta alguna y que quedó totalmente convencido de la información que se le había dado por parte de la AFP, es decir, sí se le brindó una información, que al momento de hacer averiguaciones frente a su futuro pensional se diera cuenta que la mesada que recibiría en un régimen u otro era diferente, esto no quiere decir que la AFP haya incurrido en una falta de información y haya inducido al demandante a un error frente al momento de realizar el traslado de régimen pensional.

Finalmente, le solicito al honorable Tribunal tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica en la cual COLPENSIONES al ser un tercero en el acto jurídico celebrado entre la AFP y el demandante y de probarse que efectivamente existe dicha ineficacia del traslado, se tenga en cuenta que COLPENSIONES no tiene por qué verse favorecida ni perjudicada por la decisión que se adopte en este proceso y que al declarar esta ineficacia del traslado y ordenar a COLPENSIONES tener como afiliados sin solución de continuidad al demandante, se está afectando gravemente la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social de pensiones en el régimen de prima media, toda vez que el demandante regresará a un régimen el cual por más de 25 años no lo tuvo en cuenta para realizar ningún calculo actuarial, ninguna proyección pensional ni mucho menos reservas presupuestales que pudieran ayudarle a financiar la pensión en el régimen de prima media, teniendo en cuenta que en este régimen la pensión de los afiliados no se financia únicamente con lo ahorrado a lo largo de su vida laboral sino que se da un aporte del estado a cada pensión, razón por la cual el despacho está afectando la sostenibilidad financiera, por lo que le solicito al honorable tribunal revoque en lo desfavorable a COLPENSIONES y a absuelva a mi representada de tener como afiliado al demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media. Muchas gracias.”

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor ALVARO RAMON GONZALEZ SERJE, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 y 5, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado efectuado el 18 de mayo de 1995 con Horizonte hoy Porvenir en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerlo entre sus afiliados como si nunca se hubiere traslado, se condene en costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. Obteniendo **sentencia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación del actor suministró la información suficiente y completa de la decisión que estaba tomando.**

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 11 milita copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de agosto de 1959, por lo que

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar la nulidad de su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el día 17 de octubre del 2018 (fl. 15), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con tan solo 350,15 semanas de cotización (fl. 66) equivalentes a 6 años, 9 meses y 21 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo afirma Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad el 18 de mayo de 1995 (fls. 13 y 124), conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (ver certificado fl. 146) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dieron la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del demandante a la AFP demandada PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…)”

“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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el promotor del litigio recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al señor ALVARO RAMON GONZALEZ SERJE en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Destacando, que las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el actor⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto únicamente refirió que la asesoría solo se dirigió a mostrarle los beneficios del RAIS insistiéndole mucho en que el ISS se iba acabar y que sus aportes correrían peligro.

Contrario a lo anteriormente expuesto en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal PORVENIR⁶, éste confesó que no existen documentos diferentes al formulario de afiliación que permitan constatar la información suministrada al momento de la afiliación, pues todo se realizó de manera verbal.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que el accionante fuera una persona con formación educativa profesional no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado, como lo hace ver en la apelación PORVENIR.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 13), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta AFP demandada.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES y PORVENIR, relacionadas con la sostenibilidad del sistema y

⁵ Cd fl. 163, record: 15:18

⁶ Cd. fl. 163, record: 11:22

la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima médica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (18 de mayo de 1995 fl. 13), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 125 y 126 es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de textos legales relacionados con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones y respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (fl. 56 y 57⁷), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de Porvenir, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la AFP demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁷ Por auto del 14 de mayo del 2019 se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (fl. 72)

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ADDA DAMARIS SOSA CERTUCHE CONTRA LA FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del P.A.R. INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN (RAD. 32 2018 00396 01).

Bogotá D.C., 31 de agosto de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las apoderadas de la demandante y de la FIDUAGRARIA S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de septiembre del 2019 (Cd. fl. 281, Record 54:38, acta a folio 282), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y la demandante ADAMARIS SOSA CERTUCHE, por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2011 y el 31 de marzo de 2013.

SEGUNDO: DECLARAR probadas parcialmente las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido al igual que la excepción de prescripción conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy LIQUIDADADO,

cuyo vocero y administrador es FIDUAGRARIA, a pagar a la demandante ADAMARIS SOSA CERTUCHE, las siguientes acreencias y por los siguientes conceptos:

- *Por cesantías, la suma de \$1.809.612*
- *Por intereses a las cesantías \$166.156*
- *Por prima de servicios \$1.809.612*
- *Por vacaciones \$865.049.*
- *Por prima de navidad \$1.809.612*
- *Por prima extralegal de servicios \$1.727.356*
- *Por sanción por no consignación de las cesantías \$13.325.323*

Valores que deberán ser indexados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo de la demandante y hasta el momento de su pago definitivo.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a la demandada a favor de la demandante, tásense por secretaria, incluyéndose como agencias en derecho una suma equivalente a 2 SMLMV”

Inconforme con el fallo, la apoderada de la parte demandante promovió recurso de apelación solicitando se profiera condena por las siguientes pretensiones (Cd. fl. 281, Record 57:07)¹:

¹ “Gracias señor Juez. Me permito interponer recurso de apelación de manera parcial, contra la sentencia proferida por este despacho y ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto a las siguientes acreencias:

Sobre la indemnización moratoria, como es sabido esto le es aplicable el Decreto 522127 (Sic) de 1945, en el cual se le hace el reconocimiento de la sanción moratoria y que esta, está supeditada a la declaración de morosidad del empleador y la mala fe de este.

En el presente caso, fue evidente la mala fe, por parte del ISS, al contratar a la demandante a través de contrato de prestación de servicios, a sabiendo, que era un empleo de manera subordinada.

Ahora en cuanto a que el despacho manifiesta que esta fue interpuesta una vez se dio o salió el Decreto liquidatorio en ese entonces, manifiesta que esta fue interpuesta anteriormente y que por lo cual, se encuentra prescrito. No estoy de acuerdo con la apreciación manifestada por el despacho, toda vez que era el momento, en el cual, se debía hacer dicha reclamación y en el cual, debían manifestarse todas las acreencias a cuales la demandante tenía derecho y ante la eminente liquidación del ISS, era el momento en que ella debía solicitar el pago de todas y cada una de ellas, así mismo, esa indemnización, al igual que la indemnización que era obvio, que venía la indemnización de despido injusto, porque iba a ser retirada del servicio y ya lo tenía claro completamente la demandante, y que por lo cual, se hacía innecesario volver a presentar una reclamación administrativa con posterioridad a esto, cuando debía hacerlo es en el momento de la liquidación del ISS, cuando fue notificado el Decreto liquidatorio, por lo cual, no es de recibo que se decrete dentro del fallo, de manera parcial y se excluya la indemnización moratoria a la parte demandante, toda vez que fue evidente el abuso por parte del ISS, en la sucesiva suscripción de contratos de prestación de servicios, y era el momento preciso para que la demandante presentara al ISS, todas y cada una de las prestaciones que no le fueron reconocidas dentro del presente proceso, por lo cual, no es de recibo que tuviera la demandante que hacer una nueva reclamación administrativa para incluir el despido injusto e incluir además de eso la indemnización moratoria.

Por estas razones, yo no estoy de acuerdo en la sentencia proferidas por el despacho, lo mismo, interpongo la apelación, si bien es cierto, el Juez, manifiesta que si hubo mala fe por parte del ISS, le está negando la posibilidad a la demandante que haya una verdadera indemnización, teniendo en cuenta, por la sentencia está manifestando que tenía que presentar una nueva reclamación administrativa, no es así, toda vez que el

Decreto liquidatorio ya estaba, y tenía ella que hacer valer sus derechos y era sabido que esa indemnización no iba a ser reconocida y por lo cual, fue solicitada en su momento, por lo cual, esa no está prescrita, y además de esto, que como lo manifestó se toma el tiempo para contar la prescripción, cuando fue resuelta de manera definitiva la reclamación administrativa, que esto fue cuando se notificó el acto administrativo que resuelve el recurso interpuesto contra la resolución 212, emitida en el 2012 por el ISS.

Ahora en cuanto a la indemnización por despido injusto, al igual, presento mi discrepancia, con lo manifestado por el Juez, toda vez que como lo dije con la indemnización moratoria, igual, la demandante, tenía que solicitarle en el momento que se expidió el Decreto liquidatorio, vuelvo y repito, todas y cada una de las pretensiones y las indemnización a que hubiera lugar, y ella tiene derecho a la indemnización por despido injusto, muy a pesar de que esta se materializo con posterioridad a la reclamación administrativa.

Por otra parte señor Juez, los aumentos de salario, no entiendo por qué el despacho, no procede a realizar dicho aumento, eso estaba contemplado en el artículo 39 de la convención colectiva de trabajo, suscrita entre el ISS y Sintra Seguridad Social, en el cual, se manifiesta que a partir de enero de 2004, el valor de índice se incrementara en el mismo porcentaje del IPC, por lo cual, el incremento de la demandante, debía reajustarse de acuerdo al IPC, que se aplicó para la fecha, entonces, no es de recibo, el que no se tenga un parámetro sobre qué valor debe aumentarse los salarios para poder excluir a la demandante en el pago de ese aumento al que tiene derecho.

Por otra parte, en cuanto a los aportes a la seguridad social, pues no es parte de la demandante, negligencia ni mucho menos, pues toda vez que el expediente administrativo que debía aportar la demandada, en él, se encontraban todos y cada uno de los recibos de la seguridad social, de la demandante para que se le hubiese reconocido, pero en virtud, de que la demandada no coopero en el sentido de que debía aportar dicha documental se le cercena a la demandante en realidad de que le sean reconocidos todos y cada uno de los aportes al sistema de la seguridad social, por lo cual, solicito al Honorable Magistrado del Distrito Judicial de Bogotá, se tenga en cuenta tal situación para que le sea reconocido a la demandante, estas, en cuanto a salud y pensión, en cuanto a que se le negó de igual manera a mi poderdante, el derecho al auxilio de transporte, como bien es sabido dentro de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintra Seguridad Social, en su artículo 53, manifiesta que el ISS, reconocerá y pagará en todo el país de los trabajadores oficiales beneficiarios de esta convención a la vigencia del 1 enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004, un auxilio equivalente al valor que paga al 31 de diciembre de 2001, incrementado para cada uno de los años de vigencia de la convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior.

Ante esto, en la convención colectiva de trabajo suscrita entre ambas partes existe en dicha convención en la parte final de la misma, una acta de interpretación con autoridad complementaria y aclaratoria de los artículos 53 y 79 de la convención colectiva de trabajo vigente, celebrada entre las partes, y en la mencionada acta de fecha 27 de diciembre de 2001, en la misma se manifiesta que en los términos del artículo 53, se pactó que el Instituto reconocerá y pagará a los trabajadores oficiales para la vigencia del 1 enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004, un auxilio de transporte equivalente al valor que paga al 31 de diciembre de 2001, incrementado para cada uno de los años de vigencia de la convención colectiva con el IPC nacional causados en el año inmediatamente anterior.

Entonces dice, de igual manera, se manifiesta en dicho documento, que al 31 de diciembre de 2001, el Instituto viene reconociendo, por auxilio de transporte, la suma de \$36.129, a todos los trabajadores oficiales que devenguen hasta tres veces el SMLMV, entonces, si dentro de esta misma convención colectiva en la parte final, aparece dicha aclaratoria, no comparto lo manifestado por el despacho en el sentido que no se tiene como base sobre qué valor deben hacerse los diferentes aumentos, toda vez que allí discrimina que el valor es sobre 36.129, y que deberá aplicarse el IPC para cada uno de los años posteriores, o sea, existe una base, por lo cual, no comparto y le solicito al Honorable Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, se sirva conceder a mi representada la liquidación del auxilio de transporte.

En cuanto a la dotación, de igual manera le solicito al Honorable Magistrado, se sirva reconocer toda vez que ella está establecida en la convención colectiva de trabajo y al haberse declarado entre la demandante y el demandado el contrato de trabajo, por el derecho a la igualdad debe ser reconocido dicho auxilio, establecido en dicha convención, por lo cual, tampoco comparto la decisión adoptada por el despacho con respecto a la dotación, pues ella tiene derecho de conformidad con el artículo 4 de la misma convención colectiva a todos y cada uno de los beneficios consagrados en la misma.

Bueno teniendo en cuenta, lo anterior, doy por presentado el recurso de apelación y debidamente sustentado solicitándole nuevamente a los Honorables Magistrados, se sirvan revocar el fallo proferido en primera instancia en cuanto a los puntos señalados en la presente apelación. Muchas gracias señor Juez.”

- Indemnización moratoria: Manifiesta que fue evidente la mala fe, por parte del ISS, al contratar a la demandante a través de contrato de prestación de servicios sabiendo que era un empleo de manera subordinada, además no se encuentra de acuerdo con la apreciación del juez de primer grado en cuanto a que esta prescrita, precisando que ante la eminente liquidación del ISS, el momento para solicitar su pago fue cuando se notificó el decreto de liquidación del ISS, además que la prescripción se debe contar desde el momento en que fue resuelta de manera la reclamación administrativa, esto es, cuando se notificó el acto administrativo que resuelve el recurso interpuesto contra la resolución 212.
- Indemnización por despido injusto: Igualmente refiere que la demandante, tenía que solicitarla en el momento que se expidió el Decreto liquidatorio, muy a pesar de que esta se materializo con posterioridad a la reclamación administrativa, porque iba a ser retirada del servicio y ya lo tenía claro completamente la actora, expresando se hacía innecesario volver a presentar una reclamación administrativa con posterioridad a esto.
- Aumentos de salario: Indica que está contemplado en el artículo 39 de la convención colectiva de trabajo, suscrita entre el ISS y SintraSeguridad Social, en el cual, se manifiesta que a partir de enero de 2004, el valor del índice se incrementara en el mismo porcentaje del IPC, por lo cual, el incremento de la demandante, debía reajustarse de acuerdo al IPC, que se aplicó para la fecha.
- Aportes a la seguridad social: Señala que en el expediente administrativo que debía aportar la demandada, se encontraban todos y cada uno de los recibos de la seguridad social de la demandante, para que se le hubiese reconocido, pero en virtud, de que la demandada no coopero en el sentido de que debía aportar dicha documental aduce no se le puede cercenar a la actora tal derecho.

- Auxilio de transporte: Refiere este se encuentra contemplado en el artículo 53 convencional, el cual tiene un acta complementaria y aclaratoria donde se manifiesta que al 31 de diciembre de 2001, el Instituto viene reconociendo, por auxilio de transporte, la suma de \$36.129, a todos los trabajadores oficiales que devenguen hasta tres veces el SMLMV, no compartiendo lo manifestado por el despacho en el sentido que no se tiene como base sobre qué valor deben hacerse los diferentes aumentos, toda vez que allí se discrimina que el valor es sobre 36.129, y que deberá aplicarse el IPC para cada uno de los años posteriores.

- Dotación: Solicita su reconocimiento pues afirma se encuentra establecido en la convención colectiva de trabajo y al haberse declarado entre la demandante y el demandado el contrato de trabajo, por el derecho a la igualdad debe ser otorgado.

Por su parte la apoderada de Fiduagraria recurrió la decisión en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, solicitando se revisen nuevamente las pruebas que están arrojadas al expediente y sobre todo las testimoniales, y las pocas documentales que hay en el expediente, en cuanto al tema básicamente de la subordinación como característica para declarar el contrato de trabajo ya que le demandante se vinculó fue mediante contrato de prestación de servicios, razón por la cual se deben revocar las prestaciones legales y salariales a las cuales se condenó pues estas no son obligaciones laborales y son inexistentes en el curso de ejecución del contrato de prestación de servicios. (Cd. fl. 281, record: 1:08:36)²

² “Gracias señor Juez. Igualmente hago uso del recurso de apelación que me concede la Ley, en lo siguiente de manera breve, Solicito señor Juez, que me sea concedido y lo sustento de la siguiente manera:

A que los Honorables Magistrados, conozcan revisen nuevamente las pruebas, que están arrojadas al expediente y sobre todo las testimoniales, y las pocas documentales que hay en el expediente, en cuanto al tema básicamente de la subordinación, como característica para que el señor Juez, declare el contrato de trabajo entre la señora Adamaris Sosa y el extinto Seguro Social, por cuanto sostenemos la tesis, y que la señora Adamaris se vinculó al seguro social, mediante contrato de prestación de servicios, que se tome en cuenta nuevamente los testimonios y el objeto contractual, cual ella fue vinculada al seguro social, y como consecuencia de ello, señor Juez y señores Magistrados, a que se revoque las prestaciones legales, salariales al cual, fue condenada la entidad que represento, pues estas no son obligaciones laborales, son inexistentes en el curso de ejecución de contrato de prestación de servicios.

Basado en eso señor Juez, solicito que me sea concedido el recurso de apelación y que sea conocido en el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral. Muchas gracias.”

De tal manera, dada la postura jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en Sentencia STL9681 del 22 de julio 2015, además de la alzada promovida por la accionada, se procede a surtir el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, representado por **FIDUAGRARIA S.A.** como administradora y vocera del **PAR I.S.S.**, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ADDA DAMARIS SOSA CERTUCHE, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 157 y 158, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 154 a 157, aspirando principalmente se declare la existencia de un contrato de trabajo con el Instituto de Seguros Sociales vigente del 1° de junio del 2011 al 31 de marzo del 2013 y en consecuencia se acceda al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la nivelación salarial con los auxiliares de servicios administrativos grado 14 vinculados al ISS mediante contrato de trabajo, incremento salarial para todos los años de servicio, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones legales, vacaciones extralegales, prima legal de servicios, primas de servicio extralegal, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, dotaciones, aportes en salud y pensión en el porcentaje que le correspondía y que fueron asumidos por la demandante, sanción moratoria por no pago oportuno de las prestaciones sociales, devolución del pago de las pólizas, indexación de los derechos siempre y cuando no se imponga condena por indemnización moratoria y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** que accedió a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo del 1° de junio del 2011 al 31 de marzo del 2013, imponiendo condena por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de navidad, prima extralegal de servicios, sanción por no consignación de las cesantías e indexación de las sumas adeudadas, absolviendo de las demás pretensiones así: prima extralegal de servicios por no acreditar el tiempo requerido para su causación, devolución de aportes al no encontrar soportes para realizar los cálculos, auxilio de alimentación y transporte convencionales por no estar debidamente determinado

en la convención el valor sobre el cual se debe liquidar, dotaciones ante la inexistencia del dictamen que indique cual es el monto a cancelar, devolución de pólizas se desconoce el valor cancelado por la demandante, nivelación salarial e incrementos salariales no obran pruebas que permitan determinar funciones y salarios de una trabajador en el mismo cargo, indemnización por despido e indemnización moratoria al haber operado el fenómeno de la prescripción antes la falta de su reclamo oportunamente.

De tal manera, habida cuenta que el presente proceso se conoce además de los recursos de apelación interpuestos, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la Fiduagraria S.A. en calidad de vocera y administradora del P.A.R. I.S.S. como atrás se señaló, inicialmente se pasará al examen acerca de la existencia de la relación laboral aducida en el libelo, para con posterioridad, si a ello hubiere lugar, verificar la procedencia de las condenas impuestas en contra de la accionada.

En esa dirección sea lo primero advertir, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

Consignando la Sala y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De ésta manera, se examinará inicialmente la forma en que la demandante ejecutó su actividad, durante el periodo en que se prolongó la vinculación contractual, en el lapso comprendido del 1° de junio del 2011 al 31 de marzo del 2013, conforme así lo hizo constar el Instituto de Seguros Sociales en certificación obrante a folio 36.

Ciertamente, desde el punto de vista formal la relación jurídica entre la accionante y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy liquidado, el cual comparece al presente proceso por medio de FIDUAGRARIA S.A. en condición de vocera del P.A.R. I.S.S., conforme se dispuso en auto proferido por el Juez *a quo* el 13 de julio de 2018 (fl. 168), se circunscribió a la celebración de varios contratos estatales de prestación de servicios, según se aprecia en la certificación de folio 36, sin embargo, lo allí plasmado puede desvanecerse dada la continua dependencia laboral, es decir dejar sin efecto la presunción del inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si la demandante acredita las características esenciales del contrato de trabajo.

En esa dirección, sobre la realidad como se prestaba el servicio de la promotora del litigio a favor del I.S.S., se recibieron en primera instancia las declaraciones de los señores FERNANDO ORTÍZ RIOGO³ y ANA MARCELA ALBA VASQUEZ⁴, quienes estuvieron vinculados con el Instituto de Seguros Sociales en el mismo grupo donde la actora desarrolló sus funciones, los deponentes coincidieron en indicar que las funciones de la accionante como Auxiliar de servicios administrativos consistían en la atención al público, radicación de PQR, asesorías, y respuestas a derechos de petición, afirmaron que recibía órdenes a través de los jefes del área nombrando a los señores Carlos Arturo Duarte y Blanca Estela Martínez, quienes les daban las instrucciones del trabajo a realizar, manifestaron igualmente que para el cumplimiento de tales labores la actora poseía su escritorio, su computador, papelería y demás elementos de oficina suministrados por el ISS, como también un usuario, clave y correo institucional; de otro lado coincidieron los declarantes en afirmar que la accionante cumplía un horario de trabajo de 8 A.M. a 5:00 P.M., supervisado por los jefes del área, aduciendo que en las épocas de navidad y semana santa todo el personal debía reponer el tiempo, señalaron también que su labor debía hacerla de manera personal en las instalaciones del ISS sin que le fuera permitido sacar expedientes.

Así pues, las declaraciones vertidas por los testigos merecen plena credibilidad a la Sala de decisión pues obsérvese, en el caso de autos los declarantes, conocen por percepción directa los hechos discutidos -pues trabajaron con la

³ Cd. fl. 276, record: 22:05

⁴ Cd. fl. 276, record: 45:30

demandante-, la realidad en la ejecución del vínculo, dando cuenta de que evidentemente la actora estaba sujeta a órdenes, así como al cumplimiento de un horario fijado por el Instituto de Seguros Sociales, aspectos que constituyen “*elementos indicativos de la subordinación laboral*”⁵, y que excluyen el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo.

Igualmente queda claro con estas declaraciones que la actividad se cumplía en las instalaciones de la demandada y con los elementos que ésta le suministraba, imponiéndose entonces contratar personal idóneo para el efecto, bajo las directrices del artículo 1° de la Ley 6 de 1945 y no conforme a contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 3 de Ley 80 de 1993, desvaneciendo de ésta forma la presunción legal que de la norma podría haberse inferido, lo cual halla soporte además en la documental citada, precisándose igualmente, siendo la naturaleza jurídica del ISS, la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por regla general, sus servidores ostentaban la calidad de trabajadores oficiales.

Así, la verdadera relación jurídica contradice lo que informan los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y el Instituto de Seguros Sociales liquidado, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas.

En este punto, previo a continuar con el examen, debe señalarse, en lo que tiene que ver con el tema de la solución de continuidad, conviene precisar que en la relación que nos ocupa esto es entre el 1° de junio del 2011 y el 31 de marzo del 2013 fue de manera continua, como quiera que pese a que en la certificación obrante a folio 36, aparecen interrupciones entre las fechas de los contratos suscritos entre las partes, como son las registradas para los contratos 50000029226 (2 días) y 5000033120 (4 días), la relación contractual se mantuvo por espacio de **1 año, 9 meses y 30 días**, por lo que contrastados los lapsos de interrupción contra el término del contrato, éstos fueron ínfimos, aunado a que conforme la testimonial, y la documental aportada la accionante ejerció sus funciones bajo los parámetros propios de un contrato de trabajo, de manera continua.

⁵ *Ver radicado 22357 Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral.*

Todo lo anterior, permite concluir que la vinculación jurídica que existió entre las partes, en la realidad, estuvo regida por un contrato de trabajo, la cual se ejecutó desde el **1° de junio del 2011 hasta el 31 de marzo del 2013**, tal como así fue definido en sentencia de primera instancia, debiendo confirmarse en este punto, por lo que no se atenderá de manera favorable el argumento según el cual la relación entre las partes estuvo regida por contratos de prestación de servicios, pues lo cierto es que de las pruebas recaudadas se encuentra acreditada su calidad de trabajadora oficial y que en la realidad lo que se presentó fue una relación laboral regida por un contrato de trabajo.

Así las cosas, determinada la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados, abordaremos el estudio de la procedencia de las condenas deprecadas, dilucidando previamente la procedencia de la aplicación de la convención colectiva, en atención a que algunas de las pretensiones derivan de las disposiciones allí previstas.

Al efecto, se halla copia de la Convención Colectiva 2001-2004, suscrita el 31 de octubre de 2001 (fl. 142) entre Sintraseguridad Social y el I.S.S., a folios 76 a 144, donde se verifica el sello de constancia de depósito oportuno del 31 de octubre de 2001 (fl. 144); de igual forma en el artículo primero “*Denominación de las partes*” se señala que la mencionada Convención es suscrita por EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y SINTRASEGURIDADSOCIAL, el “*SINDICATO quien actúa como SINDICATO MAYORITARIO de conformidad con el artículo 357 del C.S.T.*” (fl. 77). A su vez el artículo tercero reza (fl. 77):

“ARTICULO 3. BENEFICIARIOS DE LA CONVENCIÓN:

Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de seguros sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de trabajadores de la Seguridad social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los artículos 37,38 y subsiguientes del decreto ley 2351 de 1965 C.S.T. para efectos de la aplicación de lo establecido en el presente artículo, el ISS le reconoce su representación mayoritaria (...)” (Negrilla de la Sala)

Conforme lo anterior y ante la ausencia de la firma de una nueva convención (Art. 479 Num. 2 C.S.T.), sin que además, obre evidencia alguna que permita determinar que la accionante haya renunciado expresamente a los beneficios

convencionales, resulta que la misma se encuentra vigente desde el 1° de noviembre de 2001 (Art. 2° Convención Colectiva fl. 77) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., aunado a que no obra prueba en el proceso, de que la Asociación Sindical haya dejado de tener la “*representación mayoritaria*”, razón por la cual la demandante resulta ser beneficiaria de los derechos convencionales, tal como así lo determinó la Juzgadora de primer grado.

Bajo las premisas anteriores a continuación se estudian las condenas impuestas, previo examen de la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la encartada FIDUAGRARIA S.A. (fl. 253)⁶, verificándose en ésta instancia, obra a folios 15 a 19 reclamación elevada ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN el 31 de diciembre del 2012 en la cual la parte actora determinó de manera detallada y concreta los derechos aquí pretendidos, frente a la cual se profirió la Resolución No. 212 del 18 de febrero del 2013 rechazando tal reclamación (fls. 20 a 30), respecto de la cual se interpuso recurso de reposición desatado por acto administrativo No. 009041 del 13 de marzo del 2015 (fls. 31 a 34), el cual quedó ejecutoriado el 18 de junio del 2015 conforme se indica a folio 35, por lo que la reclamación presentada el 31 de diciembre del 2012 quedó en suspenso hasta ésta data (18/06/2015) cuando se encontraba en firme la decisión del rechazo de la reclamación presentada por la accionante, acudiendo a la jurisdicción el 15 de junio del 2018 (fl. 151), esto es dentro de los 3 años siguientes, por lo que con la reclamación elevada el 31 de diciembre del 2012, logró interrumpir el término de prescripción previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 151 del C.P.L. y S.S. para los derechos causados del **1° de junio del 2011 al 31 de diciembre del 2012**, pues el contrato finalizó solo hasta el 31 de marzo del 2013.

Precisando la Sala sobre éste aspecto la Honorable Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado recientemente en sentencia SL2561 Radicación No. 68248⁷

⁶ Por auto del 16 de octubre de 2018 se tuvo por contestada la demanda (fl. 256)

⁷ “Así las cosas, corresponde determinar si el Tribunal erró en la contabilización del término de prescripción, cuando se trata de trabajadores oficiales. Frente a ello, esta Sala se pronunció en sentencia CSJ SL9641-2014, en donde indicó que:

*Según lo planteado en el cargo, corresponde a la Corte Suprema de Justicia determinar el **día inicial -dies a quo-** para comenzar a contabilizar el término de prescripción de las acciones de los trabajadores oficiales, cuando la relación laboral ha fenecido. El parágrafo 2° del art 1° del D. 797/1949, en la parte pertinente estatuye:*

del 9 de julio del 2019, en la que se reitera lo expuesto en la SL6380⁸ del 2015 Radicación No. 42921, a través de las cuales se indicó que el fenómeno extintivo para el caso de los trabajadores oficiales –como el de autos- debe iniciar a contabilizarse una vez cumplidos los 90 días con que cuenta la administración para resolver sobre sus reclamaciones, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

(...) Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador (...)

Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este párrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley

Nótese que el precepto en precedencia consagra un período de gracia de 90 días en favor del deudor -administración pública-, con que ella cuenta, una vez terminado el vínculo jurídico laboral con el trabajador oficial, para liquidar y pagar las acreencias laborales de éste; es decir, en palabras del artículo 1551 del Código Civil, dicho plazo «es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación».

*Pero antes de avanzar en el análisis propuesto, aquí y ahora bien vale la pena memorar las enseñanzas expuestas por esta Sala en sentencia del pasado 14 de marzo, CSJ SL3169-2014, rad. 44069, en torno a que los plazos de los **términos prescriptivos** empiezan a correr, como lo dice expresa, explícita e inequívocamente la ley, desde cuando **las obligaciones se hacen exigibles** (verbigracia, artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, 488 Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) y la exigibilidad de las obligaciones se predica **desde cuando, estando sometidas a plazo o condición, termina aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples.***

*Así pues, y a no dudarlo, también resulta provechoso traer a colación el principio consagrado en el artículo 1553 del Código Civil según el cual **«quien tiene plazo, nada debe»**, es decir, que durante los 90 días de gracia que la ley le otorga a la administración pública para cumplir con sus obligaciones laborales -plazo que, valga decir, constituye un hecho futuro, determinado y cierto-, la cancelación de estas no puede exigirse y por tanto el acreedor no puede echar mano de su derecho de crédito, esto es, se suspende su ejercicio, salvo, claro está, en los casos en los que se presente lo que la doctrina ha denominado decadencia del beneficio.*

Entonces, como ya se dijo, vencido el plazo de 90 días, la obligación se hace exigible, precisamente porque, verificado aquel, ésta muta su naturaleza a una obligación pura y simple, y a partir de allí el trabajador ya puede hacer uso del derecho de acción consagrado en la Constitución y la ley, puesto que el empleador oficial, a partir de ese momento, queda constituido en mora.

Como síntesis, se tiene que el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción, solo se presenta transcurridos los 90 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo, vale decir, a partir del día 91, no antes (negrilla del texto original)."

⁸ *"El restante reparo que se realiza en las acusaciones, deviene de la equivocada contabilización en la que a su juicio incurrió el sentenciador de segundo grado, al no percatarse que para los trabajadores oficiales existe una ampliación del término prescriptivo de 90 días.*

Frente al punto esta Sala de la Corte, en reciente decisión SL 9641/2014 recordó que la prescripción de los trabajadores oficiales debe iniciar a contabilizarse una vez cumplidos los 90 días con que cuenta la administración para resolver sobre sus reclamaciones, (...)"

Así las cosas, encuentra esta Sala de decisión que el vínculo laboral de la promotora del litigio finalizó el 31 de marzo del 2013 y el lapso de gracia de 90 días concluyó el 30 de junio de ese año. Por lo tanto, el término trienal empezó a correr a partir del 1º de julio del 2013 y venció el 1º del mismo mes del año 2016, presentando la actora la reclamación de los derechos causados del **1º de enero al 31 de marzo del 2013**, solo con la presentación de la demanda el 16 de junio del 2018, esto es, por fuera del lapso atrás señalado (01/07/2013 al 01/07/2016), por lo que contrario a lo expuesto en primera instancia estos derechos se encuentran afectados por la excepción de prescripción, adicionándose en este punto el fallo de primer grado, advirtiéndose el auxilio de cesantías⁹, la compensación de vacaciones (SL 7915 radicación No. 43894 del 10 de junio del 2015¹⁰), la indemnización moratoria y la indemnización por

⁹ "AUXILIO DE CESANTÍAS

Tiene dicho la Sala que la prescripción de las cesantías debe contabilizarse a partir de la fecha de terminación del contrato, momento en que el trabajador puede disponer libremente de su importe y, en consecuencia, es cuando efectivamente se hace exigible." SL 902 del 9 de marzo del 2020

¹⁰ "(...) Sin embargo, el término de prescripción de algunos derechos laborales sólo se puede empezar a computar desde el momento de la finalización de la relación laboral, como acontece con el auxilio de cesantía y la compensación en dinero de las vacaciones. (...)

*Y, en punto a la **compensación de las vacaciones**, en sentencia CSJ SL, 14 ago. 2013, rad. 39023, la Sala se pronunció en los siguientes términos:*

Además de ello, esta Sala de la Corte ha sostenido que la compensación en dinero de las vacaciones, que es la que se amolda a las pretensiones de la demanda, se hace exigible desde la misma terminación del contrato de trabajo y, por lo mismo, desde allí comienza a contarse el término para la prescripción. En la sentencia del 9 de marzo de 1994, Rad. 6354, la Sala explicó al respecto:

"Sin embargo, no obstante esta conclusión sobre la suerte del cargo, ello no impide que la Corte haga una corrección doctrinal a la sentencia del ad quem, en el sentido de que según desarrollo jurisprudencial de esta Sala de la Corte, el derecho a las vacaciones presenta dos modalidades: 1- Como regla general, el descanso remunerado durante quince días hábiles consecutivos (artículo 186, ord. 1, Código Sustantivo del Trabajo), el cual solo puede ser satisfecho en vigencia de la relación laboral; y 2.- Como excepción, la compensación en dinero a manera de sustitución de dicho descanso, modalidad esta que se da en dos casos: a- Durante la vigencia del contrato, cuando con autorización del Ministerio de Trabajo, se puede pagar al trabajador hasta la mitad de las vacaciones, "en casos especiales de perjuicio para la economía nacional o la industria"; y b- Finalizado el contrato cuando el trabajador no hubiere disfrutado del descanso, caso éste en el cual dicha compensación "procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que esta exceda de seis (6) meses." (artículo 14 Decreto 2351 de 1965, subrogatorio del 189 del Código Sustantivo del Trabajo).

Ahora, de este último caso de compensación ha expresado la Corte que solo se hace exigible desde la fecha en que termina la relación contractual; mientras que el derecho al descanso se hace exigible dentro del año siguiente al de la prestación del servicio, según los términos del artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo.

De allí ha concluido y dicho de modo reiterativo esta Corporación que el cómputo del tiempo de la prescripción respecto de aquellas dos modalidades se inicia en momentos diferentes. Pues mientras la prescripción de las vacaciones como descanso se cuenta desde el día en que se cumple el año subsiguiente a aquel en que se causa el derecho a disfrutarlas, la de la compensación en dinero por terminación del contrato se cuenta desde la fecha en que esto último sucedió.

despido (SL 11271 del 8 de agosto del 2017¹¹), **se hacen exigibles a la terminación del contrato**, en este caso el 31 de marzo del 2013, por ende ante la inexistencia del reclamo frente a las mismas en el periodo atrás señalado, desde ya se absolverá de su pago, pues también se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción.

Así las cosas y como ya se mencionó inicialmente dado que además de la alzada promovida por las partes, se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR ISS, se pasará al examen respecto de la viabilidad de las condenas impuestas en primera instancia, así como la procedencia de las pretensiones de incremento salarial, devolución de aportes a seguridad social, auxilio de transporte y dotación convencionales, previa determinación del salario devengado por la demandante para cada uno de los años comprendidos entre junio del 2011 y marzo del 2013, para lo cual se tomaran los referidos en la certificación de folio 36, en la cual se plasmó el valor de la remuneración percibida por la señora SOSA CERTUCHE en suma de \$987.061.

De este modo, en cuanto al aumento de salario convencional no se procederá a su estudio pues se trata de una petición nueva que se invoca en la apelación, ya que lo solicitado en la pretensión número 5 (fl. 157) del demanda fue el **incremento salarial reconocido para los trabajadores oficiales del ISS**, descrito en el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo (fl. 88) frente al cual baste con señalar la sala, este incremento rige **sólo** para el tercer año de vigencia del acuerdo colectivo, es decir, entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2004, por lo que no hay lugar a proferir condena alguna por estos incrementos, toda vez que el contrato de la demandante fue desarrollado a partir del año 2011, como quedó visto y aunado a ello en el expediente no se probó

Luego si en el caso de autos el actor no disfrutó de sus vacaciones en tiempo y por efecto de la extinción del vínculo contractual adquirió el derecho a la compensación monetaria de aquellas, para determinar si este derecho prescribió o no ha debido iniciarse el cómputo respectivo desde la fecha de la terminación del contrato y no como lo hizo el Tribunal desde el año subsiguiente al de la causación de las vacaciones, por cuyo desatino declaró prescritas las causadas del 1 de marzo de 1979 al 28 de febrero de 1982.”

¹¹ “...lo que hace improcedente impartir condenas respecto de las acreencias laborales que son exigibles a la terminación del vínculo, tales como cesantías, vacaciones no disfrutadas en tiempo, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria, entre otras.”

que tales porcentajes descritos en esa norma convencional se continuaran aplicando para el 31 de marzo 2013, fecha de terminación del contrato. Tampoco fue allegado documento alguno en el que se hubiera regulado porcentajes de aumento para los años posteriores al tercer año de vigencia de la CCT para trabajadores oficiales que desarrollaran las mismas funciones que la demandante, ante lo cual no resulta justificada la condena por este concepto, como lo dispuso el Juez primigenio.

Ahora, respecto de la condena por **devolución del porcentaje correspondiente al empleador por concepto de cotización de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud a favor de la demandante**, de conformidad con lo concluido en el presente fallo, si bien se encontró acreditada la existencia de una relación laboral, dentro de la cual era responsabilidad del empleador el pago de los aportes al sistema de seguridad social, se tiene que al plenario no se anexaron las correspondientes planillas en aras de verificar el valor que fue cancelado por el accionante, esto es, se desconoce el IBC sobre el cual se realizaron los correspondientes aportes para así poder realizar las correspondientes operaciones aritméticas, razones por las cuales no procede dicha condena.

Frente al **auxilio de transporte**, ha de indicarse este beneficio se concede en virtud del artículo 53 de la Convención Colectiva (fl. 92), norma que fue objeto de aclaración y complementación como se lee a folio 148, y no se condiciona a ningún tipo de clasificación o cargo desempeñado, sino que los requisitos son que el trabajador sea “beneficiario de esta convención” y devengue menos de 3 veces el salario mínimo legal vigente más \$7.531; razón por la cual en el presente asunto se reconocerá del 1° de junio del 2011 al 31 de diciembre del 2012, como atrás se señaló cuando se estudió la excepción de prescripción.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se dispondrá la adición de la sentencia apelada, en el sentido de condenar al pago del auxilio de transporte en el periodo señalado en la suma de **\$1.252.843¹²**.

¹² Para obtener el valor del auxilio conforme a lo indicado en la Convención Colectiva se realizó la siguiente operación:

Fecha Inicial	Fecha Final	Meses	Valor Auxilio	Subtotal
1/06/2011	31/12/2011	7	\$ 64.645	\$ 452.515
1/01/2012	31/12/2012	12	\$ 66.694	\$ 800.328
Total				\$ 1.252.843

De otra parte, en lo que tiene que ver con la **prima legal de servicios** (concedida de manera legal), se advierte ausencia de disposición legal que contemple ésta prima para los trabajadores del ISS, por lo que es clara la improcedencia de dicha condena, en consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a la encartada del pago de la prima legal de servicios y en cuanto a la **prima de servicios de orden extralegal**, esta fue concedida con fundamento en el artículo 50 de la Convención Colectiva¹³ (fl. 91), el cual consagra 2 primas de servicios al año, equivalentes a 15 días de salario cada una, pagaderas en los primeros 15 días de junio y de diciembre, teniendo en cuenta para su liquidación como factores salariales el promedio de lo percibido en los 6 meses anteriores a junio y diciembre por dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos, auxilio de transporte y prima de vacaciones, de los cuales solo se tendrá en cuenta el auxilio de transportes, pues la demandante fue acreedora de éste, precisando igualmente la norma que solo “*tendrán derecho a la prima de servicios los trabajadores oficiales que hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre...*”.

AÑO	VALOR	INCREMENTO	IPC AÑO ANTERIOR
2001	\$ 36.129	\$ -	0,00%
2002	\$ 39.290	\$ 3.161	8,75%
2003	\$ 42.296	\$ 3.006	7,65%
2004	\$ 45.252	\$ 2.956	6,99%
2005	\$ 48.189	\$ 2.937	6,49%
2006	\$ 50.840	\$ 2.650	5,50%
2007	\$ 53.306	\$ 2.466	4,85%
2008	\$ 55.694	\$ 2.388	4,48%
2009	\$ 58.863	\$ 3.169	5,69%
2010	\$ 63.377	\$ 4.515	7,67%
2011	\$ 64.645	\$ 1.268	2,00%
2012	\$ 66.694	\$ 2.049	3,17%
2013	\$ 69.182	\$ 2.488	3,73%

¹³ “(...) En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicios al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre (...)”

De esta manera, una vez realizadas las operaciones se arroja como resultado la suma de **\$1.579.608** para el periodo del 1° de junio del 2011 al 31 de diciembre del 2012, y en consecuencia, dado que la cuantía hallada por esta Corporación es inferior al monto de la condena -**\$1.727.356-**, se modificará la decisión, al ser objeto de consulta en favor de la pasiva Fiduagraria S.A.

PERIODO	Salario	Aux Transporte	Salario base	Salario diario	Días	Valor Prima
jun-11	NO LA CAUSO					
dic-11	\$ 987.061	\$ 64.645	\$ 1.051.706	\$ 35.057	15	\$ 525.853
jun-12	\$ 987.061	\$ 66.694	\$ 1.053.755	\$ 35.125	15	\$ 526.878
dic-12	\$ 987.061	\$ 66.694	\$ 1.053.755	\$ 35.125	15	\$ 526.878
TOTAL						\$ 1.579.608

En lo relativo a la **prima de navidad** a la cual se condenó en primera instancia ha de señalar la Sala su improcedencia, atendiendo la consulta a favor de la entidad demandada, en tanto al estarse pagando una prestación de similares connotaciones como lo es en este caso la prima de servicios extralegal ésta termina siendo equivalente al de la prima legal de navidad establecida en el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, lo anterior acogiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral expuesto en sentencia del 15 de mayo del 2002, radicado 35954, razones por las cuales se revocará tal condena.

De otra parte, frente a la pretensión de **intereses a las cesantías** a la cual se condenó de manera legal, baste con señalar la ley no las prevé como prestaciones a favor de los trabajadores oficiales, de suerte que se descarta el derecho al pago de la pretendida pretensión dado que no existe disposición legal alguna que prevea su reconocimiento, se revoca ésta condena en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la accionada. Sobre el punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 26605 del 18 de octubre de 2006, sostuvo:

“... En relación con esta pretensión ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación en el sentido de que no existe norma legal que disponga este derecho para los trabajadores oficiales, esto por cuanto el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, en la forma como fue modificado por el artículo 3 de la Ley 41 de 1975, consagra esa prestación, pero a cargo del Fondo Nacional del Ahorro (Sentencia de mayo 17 de 2004, Rad. 22357), por consiguiente se absuelve por esta reclamación”.

En el mismo sentido se pronunció la sentencia SL 4373 del 9 de octubre del 2019¹⁴.

En lo que tiene que ver, con la condena por la **sanción por no consignación de cesantías**, es importante señalar su improcedencia, destacando frente a este aspecto, que la calidad de trabajador oficial del actor, impide la aplicación de la sanción contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, aunado que en la convención no se encuentra indemnización por dicho concepto, por lo cual se revocará esta condena (Sobre el punto ver sentencias con radicaciones Nos. 42772 del 15 de febrero del 2011, 43833 del 2 de octubre del 2013 y 45390 del 8 de febrero del 2017).

Por último, en cuanto a las **dotaciones**, si bien se encuentra establecidas en el artículo 89 convencional, resulta que su reclamo no procede a la terminación del contrato de trabajo, sino durante su vigencia, siendo posible reclamar únicamente la indemnización por el daño causado por el incumplimiento del empleador en sus obligaciones legales, tal como lo ha admitido la Sala de Casación Laboral de la H. Corte, en pronunciamientos como el que sigue:

“No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar...” (CSJ, Sentencia del 15 de abril de 1998. Rad. 10400. Mag. Ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez).

Significa lo anterior que existe la posibilidad de indemnizar los perjuicios por la no entrega de las dotaciones, una vez se establezca que estas efectivamente no fueron entregadas, como se colige en el presente caso; no obstante, como la accionante no solicitó perjuicios y por consiguiente no dirigió su actividad probatoria a ese fin, la pretensión esta llamada a fracasar.

¹⁴ “6.- Intereses sobre el auxilio de cesantía. Habida cuenta que no existe norma legal que los reconozca a los trabajadores oficiales, ya que el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el 3° de la Ley 41 de 1975, los consagra a cargo del Fondo Nacional del Ahorro, más no de la entidad oficial como la aquí demandada, no procede impartir condena sobre este aspecto.”

Igualmente frente a este punto, en sentencia SL 4208 del 5 de septiembre del 2017, la máxima Corporación indicó:

“Frente a las dotaciones no suministradas, cabe recordar lo explicado en decisión CSJ SL 20 feb 2013, rad. 42546 en la que se indicó:

Dotaciones no suministradas:

En relación con esta prestación social ha sido criterio de la Corte que “El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada (...)”. (Sentencia de 15 de abril de 1998, rad 10400).

En consecuencia, se absolverá sobre esa súplica.”

Finalmente, en relación con la **indexación** por la cual fue condenada la encartada en primera instancia, se advierte que ésta tiene por objeto el de prevenir la devaluación de la moneda y en esa medida todas las sumas objeto de condena hasta la fecha de su pago sufrirán un envilecimiento, razón por la cual resulta procedente esta condena. Se confirma la decisión de primera instancia en este aspecto.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta, procediendo la revocatoria parcial de la sentencia apelada y consultada, así como la modificación de algunas sumas de dinero y adición de otras condenas, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar señalar que la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

se debe **DECLARAR PROBADA** respecto de los derechos causados del 1° de enero al 31 marzo del 2013 y respecto de las cesantías, compensación de vacaciones, indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa y **NO PROBADA** respecto de los derechos causados del 1° de junio del 2011 al 31 de diciembre del 2012.

SEGUNDO: REVOCAR y MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal **TERCERO** de la decisión de primera instancia, con el fin de indicar que la encartada FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del P.A.R. INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN debe cancelar a la señora ADDA DAMARIS SOSA CERTUCHE los siguientes conceptos y valores:

- A. \$1.579.608 por PRIMA DE SERVICIOS convencional.
- B. \$1.252.843 por AUXILIO DE TRANSPORTE convencional.

Se **CONFIRMA** la condena impuesta por concepto **INDEXACION** de las sumas adeudadas, se **REVOCAN** las condenas por cesantías, intereses a las cesantías, prima legal de servicios, vacaciones, prima de navidad y sanción por no consignación de las cesantías.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIO GERMAN
CUADROS PEREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 29 2019 00368 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (folio 160).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por las demandadas COLPENSIONES (folios 153 a 159) y PORVENIR S.A. (folios 161 a 171), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de

junio de 2020 (Cd a folio 126, récord 39:59, acta a folios 144 y 145), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del señor MARIO GERMAN CUADROS PEREZ identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.882.263, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., suscrita el 31 de marzo de 1998, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante MARIO GERMAN CUADROS PEREZ como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubiesen causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENAS en costas.

QUINTO: La presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada COLPENSIONES, enviarse en **CONSULTA.**”.

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, aduciendo, en síntesis no ser posible dar aplicación al criterio jurisprudencial vertido por la Corte Suprema de Justicia respecto a la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, por cuanto esta no debe estar por encima de las disposiciones constitucionales y legales –como la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003- que procuran garantizar la estabilidad financiera del sistema general de pensiones, no solo del régimen de prima media sino también del ahorro individual, siendo la jurisprudencia en los términos del artículo 230 de la Constitución un criterio auxiliar.

Adicionalmente, refiere, el asunto bajo examen no se ajusta a los supuestos fácticos que han sido analizados por la Corporación de cierre de esta jurisdicción, de allí que sea improcedente su aplicabilidad.

Señala además, no puede establecerse de manera automática la inversión de la carga de la prueba, sino que debe verificarse cada caso concreto, advirtiendo, para la época de traslado del demandante solo se exigía la suscripción del formulario¹(Cd a folio 126, récord 41:56, acta a folios 144 y 145).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

¹ “Su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el Despacho teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

Dentro del presente proceso la falladora de primera instancia tiende principalmente en declarar la ineficacia del traslado aduciendo referente a la línea jurisprudencial que ha venido trazando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde sentencias como la 31989 de 2008 hasta lo que actualmente se ha venido profiriendo referente a la pretensión en un primer momento de nulidad y actualmente analizado como la ineficacia del traslado.

Si bien es importante analizar este criterio como fuente del derecho debe tenerse en cuenta que el mismo no debe adoptarse como un criterio principal y superior a la ley ni mucho menos al precedente constitucional, si bien esta jurisprudencia dentro del mismo constitucional ha indicado en su artículo 230 que debe tomarse y analizarse desde un criterio auxiliar, no puede dejarse de lado aspectos importantes como lo que ha fijado el legislador en la prohibición legal, por ejemplo, que se centró en la Ley 797 de 2003 en su artículo 2, y que en esa misma línea, la Corte Constitucional declaró exequible en sentencia C-1024 de 2004 con una intención propia y es referente a la sostenibilidad del régimen pensional, no pensando exclusivamente en la administradora Colombiana de Pensiones, o precisamente en el régimen de prima media, sino también un principio de estabilidad financiera en el régimen de ahorro individual.

Con esto se quiere decir que si bien en un aspecto la jurisprudencia de la Sala Laboral es importante es aún más relevante los criterios legales y los precedentes de criterio constitucional que se han fijado en la materia, que existe claramente un choque de trenes referente a ese aspecto.

Por otro lado, si bien esa jurisprudencia de la Sala Laboral se ha referido desde el año 2008 a la época, todos los pronunciamientos que se han referido desde un aspecto fáctico han sido analizados desde personas beneficiarias de un régimen de transición y este apoderado ha indicado reiteradamente que no puede aplicarse una línea jurisprudencial cuando entre aspectos fácticos no son similares a lo que ha emitido la Sala Laboral, es decir, para el presente caso el demandante no es beneficiario de un régimen de transición y los mismos salvamentos de voto han indicado que debe analizarse cada caso en particular y no hacerse la aplicación automática incluso de fenómenos como la inversión de la carga de la prueba cuando las personas no son beneficiarias del régimen de transición. Por qué, porque al momento de traslado de régimen no está existiendo un perjuicio alguno frente a su derecho pensional, estamos hablando de personas que están a más de 15, 20 años de pensionarse y las facultades o las particularidades que van a conllevar a consolidar su derecho pensional es diferente al de una persona que si es beneficiaria del régimen de transición o incluso que tienen una expectativa legítima frente a su derecho pensional.

En ese sentido, no puede hacerse la misma exigencia o no puede hacerse una inversión de la carga dinámica de la prueba cuando, qué se le está pidiendo a la administradora o qué se le está pidiendo en este caso a mi representada, allegar pruebas documentales que están al límite o que están excediendo su alcance frente a un acervo probatorio de igualdad procesal, porque para el momento de traslado de régimen no existía una exigencia adicional probatoria, adicional al formulario de vinculación, se vuelve claramente imposible llamar a testimoniar asesores que ya no se tiene la ubicación porque son personas que ya no están vinculadas dentro de la misma entidad, es decir se les está poniendo en un nivel muy superior frente a esa facultad probatoria que tienen las partes y frente a una igualdad procesal digamos en términos probatorios.

Frente a los anteriores argumentos, solicito a la] Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se tengan en cuenta, y en su lugar se revoque en su integridad la decisión emitida por el Despacho y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos del demandante MARIO GERMAN CUADROS PEREZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 51 y 52) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 52 y 53, aspirando se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones a PORVENIR S.A, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría. En consecuencia, se establezca que PORVENIR debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, disponiendo a esta última activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida y recibir el traslado de todos sus aportes. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS del demandante, tras considerar que PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante sin efectuar descuento alguno, ordenando a esta última que reciba los valores y actualice la historia laboral del actor.**

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, a folio 1 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 9 de mayo de 1961, por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES 13 de junio de 2019 (folio 77), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 58 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 501,85 semanas de cotización (folios 13-14 y 148) equivalentes a 9,75 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que de acuerdo a la historia laboral emitida por PORVENIR (folios 25 a 48) el demandante labora al servicio de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y por ende ostenta la calidad de empleado público, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, el demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 31 de marzo de 1998 (folios 49, 13, 123 y 124) específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR, el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y la liquidación de bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

³ Laboraba para el Departamento de Cundinamarca a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según se advierte de la Historia Laboral para bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda (folios 13 y 14), así como del reporte expedido por PORVENIR (folio 17).

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para

gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“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

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

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 estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 13 y 123), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (31 de marzo de 1998, folio 49 y 123), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en

la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

De otra parte, frente al hecho de que el actor al momento del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAPRECUNDI, como se dejó indicado en el formulario de afiliación (folio 49), basta con indicar, ante la ineficacia de la afiliación al RAIS, debe entenderse que este siempre estuvo sujeto al régimen de prima media, siendo actualmente COLPENSIONES la única administradora del RPM, a la cual, en todo caso, el demandante registró afiliación el 1 de septiembre de 1977 (folio 148) realizando aportes hasta el 31 de julio de 1996.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen ninguna relación con la información que se le debía suministrar al actor cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Por otro lado, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada, conviene precisar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del promotor del litigio.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el *a quo*, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁵ (fl. 93), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Veintinueve (29) Laboral, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Rafael

RAFAEL MORENO VARGAS

Diego

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 18 de febrero de 2020 (fol. 125).