

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **GUILLERMO ACOSTA SEPÚLVEDA** promoviese contra **TRACKER DE COLOMBIA S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor solicita el reconocimiento y pago de la disponibilidad permanente que tenía durante todo el tiempo de servicios; reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a salud y pensión; dotación; indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; e indexación.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Prestó sus servicios como conductor a partir del 12 de septiembre de 2011 mediante contrato a término indefinido; **2)** El último salario devengado fue de \$1'142.000; **3)** El 17 de enero de 2019 le fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa; **4)** Devengó \$1'300.000 en 2015, \$1'200.000 en 2016 y 2017, y \$1'100.000 en 2018; **5)** Debía estar disponible las 24 horas del día los siete días de la semana; y **6)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

TRACKER DE COLOMBIA S.A.S. (fls. 46 a 48), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, pago y cumplimiento, existencia de una justa causa para la terminación del contrato de trabajo, y buena fe.

Aceptó que el actor prestó sus servicios entre el 12 de septiembre de 2011 y el 17 de enero de 2019, mediante contrato a término indefinido; que el último salario fue la suma de \$1'142.000; y que el último cargo que desempeñó fue el de Conductor. No aceptó ningún hecho adicional.

Expuso que no se pactó disponibilidad alguna y los servicios que prestó el actor por fuera de la jornada máxima legal fueron pagados conforme a ley; que el contrato de trabajo le fue terminado con justa causa, por cuanto la legalización de gastos de caja menor que presentó el actor no coincidía con los que incurrió realmente.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 02 de junio de 2021, mediante la cual dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido ejecutado entre el 12 de septiembre de 2011 y el 17 de enero de 2019.

SEGUNDO: DECLARAR que el trabajador tenía una jornada laboral de disponibilidad 24 horas 7 días a la semana, por lo que constituye trabajo suplementario en horas extras y por tanto factor salarial.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar al actor, los siguientes conceptos:

1. \$105'453.808,88, por horas extras o trabajo suplementario.
2. \$33'998.290,84, por diferencia de cesantías.
3. \$2'323.460,22 por diferencia de intereses a las cesantías.
4. \$16'539.367,86 por diferencia de prima de servicios.
5. \$5'961.240 por indemnización por terminación de contrato de trabajo sin justa causa.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar al actor los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado o la que, en su defecto, elija el demandante, desde el 12 de septiembre de 2011 y hasta el 17 de enero de 2019, junto con las sanciones e intereses que al respecto fija la ley, sobre diferencia entre el IBC ya pagado y el IBC real, es decir, siendo la diferencia los siguientes salarios:

FECHA		TRABAJO SUPLEMENTARIO
DESDE	HASTA	
12/09/2011	30/09/2011	\$0
1/10/2011	31/10/2011	\$2'954.600
1/11/2011	30/11/2011	\$2'866.383,33
1/12/2011	31/12/2011	\$2'840.050
1/01/2012	31/01/2012	\$3'523.080
1/02/2012	29/02/2012	\$3'039.520
1/03/2012	31/03/2012	\$3'386.490
1/04/2012	30/04/2012	\$3'554.480
1/05/2012	31/05/2012	\$3'523.080
1/06/2012	30/06/2012	\$3'659.670
1/07/2012	31/07/2012	\$3'417.890
1/08/2012	31/08/2012	\$3'523.080
1/09/2012	30/09/2012	\$3'281.300
1/10/2012	31/10/2012	\$3'386.490
1/11/2012	30/11/2012	\$3'417.890
1/12/2012	31/12/2012	\$3'659.670
1/01/2013	31/01/2013	\$3'609.100
1/02/2013	28/02/2013	\$3'005.975
1/03/2013	31/03/2013	\$3'609.100
1/04/2013	30/04/2013	\$3'221.491,67
1/05/2013	31/05/2013	\$3'609.100
1/06/2013	30/06/2013	\$3'641.266,67
1/07/2013	31/07/2013	\$3'609.100
1/08/2013	31/08/2013	\$3'856.783,33
1/09/2013	30/09/2013	\$3'113.733,33
1/10/2013	31/10/2013	\$3'469.175

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00661 -01

Demandante: **GUILLERMO ACOSTA SEPÚLVEDA.**

Demandado: **TRACKER DE COLOMBIA S.A.S.**

1/11/2013	30/11/2013	\$3'501.341,67
1/12/2013	31/12/2013	\$3'609.100
1/01/2014	31/01/2014	\$3'754.960
1/02/2014	28/02/2014	\$3'127.460
1/03/2014	31/03/2014	\$3'754.960
1/04/2014	30/04/2014	\$3'642.846,67
1/05/2014	31/05/2014	\$3'867.073,33
1/06/2014	30/06/2014	\$3'530.733,33
1/07/2014	31/07/2014	\$3'463.800
1/08/2014	31/08/2014	\$3'900.540
1/09/2014	30/09/2014	\$3'351.686,67
1/10/2014	31/10/2014	\$3'609.380
1/11/2014	30/11/2014	\$3'788.426,67
1/12/2014	31/12/2014	\$3'609.380
1/01/2015	31/01/2015	\$4'172.520
1/02/2015	28/02/2015	\$2'984.100
1/03/2015	31/03/2015	\$3'904.560
1/04/2015	30/04/2015	\$3'787.980
1/05/2015	31/05/2015	\$4'055.940
1/06/2015	30/06/2015	\$3'787.980
1/07/2015	31/07/2015	\$3'753.180
1/08/2015	31/08/2015	\$4'055.940
1/09/2015	30/09/2015	\$3'485.220
1/10/2015	31/10/2015	\$3'904.560
1/11/2015	30/11/2015	\$3'939.360
1/12/2015	31/12/2015	\$3'753.180
1/01/2016	31/01/2016	\$4'099.788
1/02/2016	29/02/2016	\$3'537.072
1/03/2016	31/03/2016	\$0
1/04/2016	30/04/2016	\$4'063.248
1/05/2016	31/05/2016	\$4'258.737
1/06/2016	30/06/2016	\$3'818.430
1/07/2016	31/07/2016	\$4'013.919
1/08/2016	31/08/2016	\$3'940.839
1/09/2016	30/09/2016	\$3'659.481
1/10/2016	31/10/2016	\$4'099.788
1/11/2016	30/11/2016	\$3'854.970
1/12/2016	31/12/2016	\$3'818.430
1/01/2017	31/01/2017	\$3'977.379
1/02/2017	28/02/2017	\$3'414.663
1/03/2017	31/03/2017	\$3'781.890
1/04/2017	30/04/2017	\$4'013.919
1/05/2017	31/05/2017	\$3'940.839
1/06/2017	30/06/2017	\$3'818.430
1/07/2017	31/07/2017	\$4'312.861,88
1/08/2017	31/08/2017	\$3'999.988,13
1/09/2017	30/09/2017	\$3'536.615,25
1/10/2017	31/10/2017	\$4'252.570,88
1/11/2017	30/11/2017	\$0
1/12/2017	31/12/2017	\$4'421.111,63
1/01/2018	31/01/2018	\$4'242.345,46
1/02/2018	28/02/2018	\$3'684.377,50
1/03/2018	31/03/2018	\$4'605.828,75
1/04/2018	30/04/2018	\$4'123.095,83
1/05/2018	31/05/2018	\$4'430.246,25
1/06/2018	30/06/2018	\$4'123.095,83
1/07/2018	31/07/2018	\$4'605.828,75
1/08/2018	31/08/2018	\$4'430.246,25
1/09/2018	30/09/2018	\$4'123.095,83
1/10/2018	31/10/2018	\$4'254.663,75
1/11/2018	30/11/2018	\$0
1/12/2018	31/12/2018	\$4'868.964,58
1/01/2019	17/01/2019	\$2'368.698,33

DECLARAR PARCIALMENTE probada la excepción de prescripción, y no probadas las demás excepciones propuestas.

SEXTA: CONDENAR en COSTAS la parte demandada. Inclúyanse en la respectiva liquidación la suma de \$5'000.000 como agencias en derecho.

En síntesis, refirió que la disponibilidad laboral es una condición en la que el trabajador está sujeto a subordinación laboral, por lo que durante ese tiempo el empleador ejerce su poder subordinante; que conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia el hecho de que un trabajador se encuentre disponible genera derecho al pago de una jornada suplementaria; que de conformidad con la prueba testimonial el accionante debía estar disponible 24/7, estar atento a cualquier llamado, de manera que para ausentarse debía pedir permiso y comunicar su ubicación; que por lo anterior, se debe reconocer la diferencia salarial por concepto de horas extras, así como ordenar el reajuste de prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social.

Agregó que para la reliquidación de las acreencias laborales del actor se tendrá en cuenta, los tiempos en que debía estar disponible en jornadas extras nocturna, festivos, y domingos, así como los descansos que le correspondían de acuerdo a la información allegada por el empleador; que operó la excepción de prescripción frente a las diferencias de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 27 de septiembre de 2016, pues se interpuso demanda el mismo día y mes de 2019, con excepción de los aportes a seguridad social; y que las vacaciones no serán reliquidadas, ya que, en estas no se incluyen horas extras.

Adujo que para que haya lugar a dotaciones es necesario que se demuestre el perjuicio por no haberlo suministrado, lo que no se acreditó; y que la conducta del empleador fue de buena fe, pues actuó de conformidad con la convicción de estar obrando de siguiendo el ordenamiento jurídico, por lo que no hay lugar a indemnización moratoria

Concluyó indicando que se acreditó el hecho del despido, empero, no se logró demostrar la justa causa, pues el recibo sobre el cual se le imputa una indebida conducta al trabajador, no fue

allegado a juicio, más aún si se tiene en cuenta que la carta de despido es genérica y no establece específicamente el motivo por el que se terminaba el contrato de trabajo; que para liquidar la indemnización por despido sin justa causa, se tuvo en cuenta el último salario, y el correspondiente a enero de 2019; y que las condenas impuestas se deben reconocer debidamente indexadas.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

TRACKER DE COLOMBIA S.A.S. manifestó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia no aplicaba para el caso concreto, como quiera que desde hace más de 50 años dicha corporación ha establecido que la simple disponibilidad no se debe remunerar, pues esta se encuentra remunerada con el salario ordinario, de modo que, si el trabajador puede atender sus necesidades en su domicilio, no puede entenderse como parte de la jornada laboral; que cuando se demanda trabajo suplementario, especialmente en domingos y festivos, debe demostrarse que se prestó el servicio en la jornada laboral pactada; que no existe prueba de que se hubiera laborado más de 48 horas a la semana por parte del actor; que no existe norma jurídica que establezca la imprescriptibilidad de los aportes a seguridad social; y que el acta de descargos es parte integrante del despido, la que cumple con todos los requisitos para que sea entendido que se le terminó al contrato de trabajo del trabajador, quien aceptó en tal diligencia que pasó facturas sin soporte a la empresa durante muchos años.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar a reconocer trabajo horas extras y/o tiempo suplementario al trabajador al tener un cargo que le exigía tener disponibilidad las 24 horas del día; si operó la prescripción de los aportes a seguridad social; y si deviene en injusta la terminación del contrato de trabajo.

HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS. DISPONIBILIDAD A LOS REQUIRIMIENTOS DEL EMPLEADOR.

Las horas extras y los recargos dominicales y festivos, son conceptos que están sujetos la jornada laboral ordinaria del trabajador que se haya acordado entre la partes.

El artículo 161 del C.S.T. modificado por el artículo 20 de Ley 50 de 1990, y parcialmente modificado por la Ley 789 de 2002 y la Ley 1098 de 2006- normativa vigente para la época de los hechos-, señalaba:

“ARTÍCULO 161. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones:

(...) d) <Literal adicionado por el artículo 51 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo.

En este, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana y podrá ser de mínimo cuatro (4) horas continuas y hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m.

PARAGRAFO. El empleador no podrá aún con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos turnos en el mismo día, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza o manejo”.

Así mismo, el literal d) de la norma en cita fue modificado por el artículo 2° de la Ley 1846 de 2017, determinándose:

“d) <Ver Notas del Editor> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 1846 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. Así, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la Jornada Ordinaria de 6. a.m. a **9 p.m.**”.

Por su parte, el numeral 1 del artículo 162 del C.S.T. establece:

“ARTICULO 162. EXCEPCIONES EN DETERMINADAS ACTIVIDADES.

1. Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores:
 - a). Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo; (...)
 - b). <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Los servicios domésticos ya se trate de labores en los centros urbanos o en el campo;
 - c). Los que ejerciten labores discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo;
 - d). <Literal derogado por el artículo

Finalmente, los artículos 165 y 166 ejusdem, señalan:

ARTICULO 165. TRABAJO POR TURNOS. Cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continuada y se lleve a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse en más de ocho (8) horas, o en más de cuarenta y ocho (48)* semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un período que no exceda de tres (3) semanas, no pase de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta y ocho (48) a la semana. Esta ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras”.

“ARTICULO 166. TRABAJO SIN SOLUCION DE CONTINUIDAD. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 13 de 1967. El nuevo texto es el siguiente:> También puede elevarse el límite máximo de horas de trabajo establecido en el artículo 161, en aquellas labores que por razón de su misma naturaleza necesiten ser atendidas sin solución de continuidad, por turnos sucesivos de trabajadores, pero en tales casos las horas de trabajo no pueden exceder de cincuenta y seis (56) por semana”.

En todo caso, y de conformidad con el criterio inveterado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y en decisiones por ejemplo como las del 15 de julio de 2008, Rad. 31637 y SL3009-2017, las horas extras, dominicales y festivos laborados, han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Sobre el tópico, dijo la H. Corte:

“No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén”.

Así mismo, y en relación con la **disponibilidad a los requerimientos del empleador dentro de las 24 horas del día**, si bien la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señalaba que debía estar acreditado que efectivamente fueron laborados los turnos de disponibilidad (sentencias del 20

de junio de 1968, 11 y 29 de abril de 1970, 05 de mayo de 1971, 11 de julio de 2006 Rad.26964), lo cierto es que dicha postura cambió, determinándose que el simple sometimiento del trabajador a disponibilidad y estar atento a que el empleador lo requiriera para algún servicio, generaba pago de trabajo suplementario. En efecto, en sentencia SL5584-2017 que fuera reiterada en la SL4883-2020, señaló:

“En efecto, el yerro del sentenciador de alzada condujo a revocar la sentencia de primera instancia, en perspectiva de los medios de prueba que ya se relacionaron, lo que llevó a obtener una inferencia ostensiblemente equivocada, en el sentido de considerar que la sola disponibilidad del trabajador en los diferentes turnos que le programó el empleador durante varios fines de semana, no le daban derecho al pago de los mismos, sino cuando se materializara realmente alguna actividad a favor de este último.

Y es que a juicio de la Corte, **el simple sometimiento del asalariado de estas a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada.**

(...) Por lo anterior, se reitera, fue palmario el error del Tribunal, pues lo que demuestran las pruebas aportadas al proceso es que los demandantes estaban disponibles para la demandada algunos sábados y domingos, las 24 horas, turnos en los que se realizaban monitoreos a las centrales, y debían estar pendientes desde sus casas de cualquier falla presentada, caso en el cual, solucionaban el problema desde sus hogares, o se trasladaban directamente a la planta para solucionarlo.

Por lo visto, el cargo prospera.

En sede de instancia, para confirmar la decisión que adoptó el primer sentenciador, valen los mismos argumentos que allí se insertan, en tanto está plenamente demostrado que los demandantes, algunos sábados y domingos, por 24 horas, estaban disponibles desde sus hogares para atender cualquier problema que se presentara en las centrales de la demandada; además, aun cuando en el plenario reposan documentos que dan cuenta de que se reconocieron algunas horas extras laboradas a los actores, las mismas no se acompañan con la realidad del asunto, esto es que los demandantes, cuando eran programados para realizar turnos operativos, estaban disponibles para remediar algún inconveniente que se presentara, es decir, estaban bajo las órdenes de su empleador, sin importar la hora ni el momento”.

Demandante: **GUILLERMO ACOSTA SEPÚLVEDA.**

Demandado: **TRACKER DE COLOMBIA S.A.S.**

De conformidad con lo anterior, el simple sometimiento del asalariado a disponibilidad y a estar atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, por lo que, no interesa si se prestó el servicio, pues con el sólo hecho de estar disponible se genera su pago suplementario, en lo que además, se aclara que si se estaba disponible domingos o festivos, lo razonable es concluir que estos días se debían pagar con todas las garantías legales, se reitera, sin importar si se prestó o no efectivamente la tarea.

PRESCRIPTIBILIDAD DE APORTES A PENSIÓN.

El artículo 488 del C.S.T. dispone que los créditos derivados de una relación laboral prescriben a los tres años, no obstante, cuando un empleador no afilia a sus trabajadores al sistema de pensiones, este puede reclamar judicialmente el pago extemporáneo de dichos aportes para que el sistema le reconozca las semanas cotizadas según el tiempo que haya laborado, pues la ausencia de afiliación lo perjudica gravemente, pues se aleja de la posibilidad de un día alcanzar su derecho pensional.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL738-2018 reiterada en la SL2350-2021, señaló que los *“aportes pensionales que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado”*, por lo que, son imprescriptibles.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena

consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debida de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

DEL CASO EN CONCRETO.

No son materia de controversia los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, sus extremos, el cargo de conductor que ostentó el demandante, el último salario devengado (\$1.142.000), que el demandante rindió descargos el 16 de enero de 2019 (fls. 49 y 50); que el contrato de trabajo terminó aduciendo el empleador una justa causa para ello; y que el 17 de enero de 2019 se le dio por terminado el contrato de trabajo al actor, fecha para la cual estaba devengando la suma de \$1'142.000 (fls.17 y 55).

Pues bien, al proceso se arrimó como prueba documental la visible de folios 7 a 20 y 49 a 58.

De igual manera, comparecieron a juicio en calidad de testigos los señores, **José Vicente Vargas Ramírez, Samuel Carrera Varón, y Miguel Ángel Correa Mojica**, quienes manifestaron lo siguiente:

José Vicente Vargas Ramírez dijo que fue compañero de trabajo del demandante, concretamente fungió como su jefe. Adujo que fue despedido (el declarante), el 26 de octubre de 2018; que el actor era conductor para el área de operaciones, específicamente en el área de rastreo; que el horario del accionante era con disponibilidad 24/7, porque su función era rastrear bienes de clientes, para lo que debían estar disponibles 24 horas; que gozaban de un día de descanso semanal, cuatro al mes; que cuando el actor no estaba descansando, le tocaba pedir permiso para que lo autorizaran ir al mercado, a citas médicas, diligencias personales, y que no los dejaban salir de la ciudad; que si asistían a reuniones familiares no podían consumir licor, ya que su labor es conducir; que la reacción ante un hurto era inmediata, pudiendo realizarse la labor dentro o fuera de la ciudad; que lo ideal cuando se pedía un permiso era estar en un perímetro cercano a la casa; que el salario no cubría la disponibilidad de todas las horas, era un sueldo fijo, y que excepcionalmente les pagaban horas extras; que la localización de un vehículo podía durar 15 minutos o 30 horas; y que desconoce las razones de la terminación del contrato de trabajo del accionante.

Por su parte, **Samuel Carrera Varón**, manifestó que laboró con la demandada del 01 de enero de 2000 a marzo de 2019; que el actor era conductor 24/7; que el actor gozaba de días de descanso conforme a rotaciones que se hacían en la empresa; que él era operador de la central de hurtos, quien recibía la información de la central de vehículos, la recopilaba, y se la enviaba a los conductores para la recuperación del vehículos; que el supervisor de campo era quien manejaba los permisos de los

trabajadores; que no le constan las razones por las que terminaron el contrato del actor; que las facturas debían ser legalizadas, debían estar sustentadas; que el rastreo del carro se hacía hasta que se cumplía la labor; y que había recibos que se presentaban por restaurantes de amigos, pero tenía que ser algo bien hecho.

Finalmente, **Miguel Ángel Correa Mojica** señaló que fue conductor escolta de la demandada del 07 de abril de 2010 a abril de 2019; que el actor laboraba 24/7, de domingo a domingo, en caso de hurto de vehículos; que tenían cuatro días de descanso al mes; que no tenían vida familiar ni personal, tocaba estar pegado a su medio de comunicación; que los turnos de descanso los daba la persona del área de rastreo y localización; que todos los días tocaba enviar códigos satelitales, enviar un check list del estado del carro, y debían estar pendientes del estado de los vehículos; que si iban a una cita médica, debían programarla con anticipación, y estar en todo caso, atentos con los medios de comunicación para la reacción en caso de hurto de un vehículo; que no les pagaban horas extras ni incentivos pese a que les tocaba entrar en barrios difíciles, les disparaban, y a veces se veían inmersos en conflictos; que no podía salir de Bogotá, a menos que estuviera en vacaciones; que no se podía, en servicio, y en descanso a veces, salir la ciudad; que tenían disponibilidad para salir a cualquier ciudad con ocasión del servicio; que les tocaba informar todo, como por ejemplo, si salían a hacer mercado, y a la iglesia, precisamente para reaccionar; que los días de descanso podían estar tranquilos, y desconectarse; que no podía tomarse licor, para estar disponible para el trabajo; que su avantel lo ponía al lado de su cama para despertarse y reaccionar; que todos los conductores trabajaban en las mismas condiciones; y que no sabe porque terminó el vínculo del actor.

Pues bien. De lo expuesto en precedencia encontramos que el accionante prestó servicios como conductor para la sociedad demandada y que su función principal era el rastreo y la

localización en campo de vehículos hurtados hasta lograr su ubicación exacta y su recuperación, respecto a lo que la totalidad de testigos son contestes en manifestar que para cumplir tal labor debían estar disponibles las 24 horas del día, a menos que se encontraran en su día de descanso, manifestaciones que también se evidencian en la declaración de la representante legal de la demandada **al rendir interrogatorio de parte, quien confesó que el actor tenía que estar dispuesto a que en cualquier hora del día lo llamaran.**

Por tanto, el simple sometimiento del trabajador a disponibilidad y estar atento a que el empleador lo requiriera para algún servicio, configura el derecho al reconocimiento de trabajo suplementario, por cuanto quedó acreditado que el demandante no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador para atender los asuntos relacionados con los servicios prestados por la demandada; circunstancias estas que conforme lo precisado jurisprudencialmente por el órgano máximo de cierre de la jurisdicción laboral (SL5584-2017), permiten confirmar el fallo de primera instancia en tal punto, por encontrarse ajustado a derecho.

En este punto, valga precisarse que no es dable aplicar las excepciones del artículo 162 del C.S.T., especialmente a la que hizo referencia el apoderado de la parte demandada en su impugnación, esto es, la contenida en el literal c) –*“los que ejerciten labores discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo”*–, como quiera que, la labor desplegada por el actor le exigía estar pendiente de cualquier novedad que se pudiera presentar en el transcurso del día, inclusive, solicitar permisos para realizar actividades como ir al mercado y a la iglesia. Igualmente, la labor del accionante no se ejecutaba en su lugar o sitio de trabajo sino por el contrario, y de conformidad con el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, debía permanecer

su casa pendiente de cualquier siniestro, y se le asignaba un perímetro.

Por las anteriores razones, se **CONFIRMARÁ** en este sentido la sentencia impugnada, y se procederá a verificar los demás problemas jurídicos.

Como quedó visto, las **sumas que sirven para consolidar el valor de los aportes a pensión son imprescriptibles**, según el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL738-2018 y SL2350-2021, entre otras, por lo que, se considera acertada la condena del pago de las diferencias en el I.B.C. teniendo en cuenta los valores resultantes por concepto de trabajo suplementario, de modo que se confirmará tal condena.

Finalmente, y en lo referente a **despido sin justa causa**, la Sala considera necesario remitirse a la carta de terminación del contrato de trabajo, obrante a folio 17, la que establece expresamente:

“Con base en la diligencia de descargos realizada el día 16 de Enero del presente año y analizados los hechos descritos en la misma y las explicaciones entregadas por usted, me permito comunicarle que la empresa ha resuelto dar por terminado su contrato de trabajo a término indefinido, con justa causa, fundamento en el fundamentado (sic) en los Numerales 1 y 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que a la letra rezan lo siguiente: “Numeral 1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador mediante la prestación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.

“Numeral 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos” en concordancia con el literal g) del Artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo: “Alterar documentos externos y/o internos de la compañía”.

Esta determinación será efectiva finalizada la jornada laboral del día 17 de Enero de 2019”.

De esta manera, para la Sala es claro que con la carta trasunta está acreditado el hecho del despido, por lo que se hace necesario verificar si se incurrió en una justa causa la que se alega con fundamento en la diligencia de descargos del 16 enero de 2019, y en la que se puso de presente lo siguiente: el 08 de enero de 2019 el demandante envió un correo a la supervisora relacionado con la legalización de la caja menor, pero al validarse el recibo por concepto de servicio de comedor de restaurante 5TA Parrilla, por valor de \$9.000, se encuentra que este no tenía dirección y teléfono; que la hora y lugar donde se tomaron los alimentos no coincidían con el recorrido y paradas registradas por el vehículo del actor en el operativo que realizó; y que se aceptó que se anexó un recibo diferente pues en el lugar donde tomó sus alimentos no se tenían soportes.

Al respecto, el demandante señaló que lo anterior era cierto, que su conducta la había ejecutado durante varios años, y que este actuar no era legítimo. En igual sentido, el testigo Samuel Carrera Varón manifestó que si bien no le constaban las razones por las que terminaron el contrato del actor, las facturas debían ser legalizadas, estar debidamente sustentadas, y si se presentaba la factura de un restaurante de un amigo, esto tenía que estar bien hecho.

Por tanto, considera la Sala se encuentra acreditado que el actor sí incurrió en la conducta que se endilga como justa causa, que su actuar fue reiterado durante varios años como él mismo lo aceptó en diligencia de descargos, y que de conformidad con el dicho del testigo Samuel Carrera Varón, los gastos en los que se incurrieran en las operaciones debían estar debidamente sustentados; no obstante, y como quedó visto el accionante durante varios años presentó facturas irregulares para sustentar sus gastos.

En este punto, se aclara que si bien en interrogatorio de parte y al momento de rendir descargos, el actor manifestó que

este actuar era conocido por sus jefes, no existe prueba alguna que sustente tal apreciación, para considerar que su conducta había sido condonada su empleador.

Así las cosas, se **REVOCARÁ el ordinal 5. del numeral tercero de la sentencia**, y en su lugar, se ABSOLVERÁ a la demandada de la condena de indemnización por despido sin justa causa.

VI. COSTAS.

' Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **REVOCAR el ordinal 5. del numeral quinto** de la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a TRACKER DE COLOMBIA S.A.S. del reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa.

SEGUNDO - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00661 -01
Demandante: **GUILLERMO ACOSTA SEPÚLVEDA.**
Demandado: **TRACKER DE COLOMBIA S.A.S.**

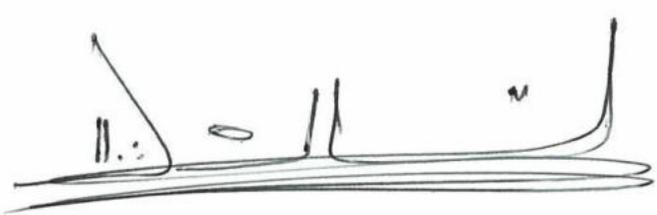
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310502220190051401

Demandante: **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de **APELACIÓN**, interpuesto por Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la reliquidación de la mesada pensional del accionante teniendo en cuenta el IBL sobre el promedio de lo devengado durante el último

Código Único de Identificación: 11001310502220190051401

Demandante: **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI**

Demandado: **COLPENSIONES**

año de servicios comprendido entre el 1° de octubre de 2010 al 30 de septiembre de 2011 y como consecuencia de ello que se pague el retroactivo correspondiente a partir del 1° de octubre de 2011, así como se reconozcan y paguen los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación de los valores reconocidos.

De manera subsidiaria depreca, se reliquide la mesada pensional bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, incluyendo el tiempo laborado en el sector público y no cotizado a Colpensiones, aplicando una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 6 de julio de 1950; **2)** Prestó sus servicios, así: i) al Instituto Colombiano de Reforma Agraria – INCORA del 14/09/1982 al 19/06/1985, tiempos a cargo del Ministerio de Hacienda, ii) a la Corporación Autónoma Regional del Tolima – Cortolima del 13/03/1987 al 11/09/1991, tiempos a cargo de Cajanal, iii) como Senador del 29/07/2003 al 29/10/2003, iv) como Gobernador del Departamento del Tolima del 01/01/1998 al 31/01/2001; **3)** Cotizó al ISS desde el 02/05/1977 hasta el 31/03/2011, acreditando 857 semanas; **4)** Prestó servicios a entidades del Sector Público del Nivel Nacional, acreditando más de 20 años de servicios; **5)** Efectuó cotizaciones al sistema de pensiones hasta el 30/09/2011; **6)** Durante el último año de servicios devengó un salario promedio de \$12.375.322; **7)** Al 01/04/1994 contaba con más de 40 años; **8)** Cumplió 60 años el 06/07/2010; **9)** El 29/12/2011 solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo dispuesto en los parámetros del régimen de transición; **10)** A través de Resolución No. 22485 del 20/06/2012 el ISS le reconoció la pensión de jubilación conforme lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, a partir del 01/10/2011 en cuantía inicial de \$6.167.025; **11)** El 24/08/2012

Código Único de Identificación: 11001310502220190051401

Demandante: **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI**

Demandado: **COLPENSIONES**

presentó recursos de reposición y apelación contra la mentada Resolución con el fin de que se reliquidara la pensión de jubilación con base en el promedio de lo cotizado durante el último año de servicios; **12)** Colpensiones, mediante Resolución GNR 239272 del 26/06/2014 se abstuvo de pronunciarse frente a los recursos hasta tanto no existiera una decisión en firme del juzgado; **13)** El 30 de mayo de 2013 presentó demanda en contra de Colpensiones, con el fin de que se le reconociera la pensión con base en el promedio de lo cotizado durante el último año de servicios; **14)** Mediante sentencia proferida el 25/04/2014 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso No. 2013-350, se negaron las pretensiones de la demanda; **15)** El Consejo de Estado a través de sentencia Rad. 24272011 emitida el 15 de mayo de 2014 declaró la nulidad parcial del Decreto 1474 de 1997, lo que habilita que las pensiones reconocidas bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 se liquiden con base en el promedio de lo cotizado en el último año de servicios; **16)** Por tratarse de un hecho sobreviviente el día 27/04/2017, decidió solicitar ante Colpensiones que emitiera un pronunciamiento sobre los recursos interpuestos en contra de la Resolución No. 22485 de 2012; **17)** A través de la Resolución SUB 138139 del 27/07/2017 se resolvió el recurso de reposición y confirmó la Resolución 22485 de 2012; y **18)** Mediante Resolución DIR 12756 del 09/08/2017 resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 22485 del 2012 y decidió negar la reliquidación solicitada.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 101 a 116) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación y la genérica.

Expuso que, para el caso del demandante, la pensión de vejez ya se encuentra reconocida y pagada por Colpensiones, encontrándose reajustada de acuerdo a lo legalmente establecido, ya que esta se encuentra ajustada a lo reportado en su histórico laboral y de acuerdo a los montos, cotizaciones y sumas en ella reportadas y, al haber sido reconocida legalmente, no le aplica ningún tipo de reajuste, como quiera que los valores que se reportaron ya fueron reconocidos en la pensión.

Indicó que, los intereses solicitados no pueden ser reconocidos ya que al demandante se le viene reconociendo y pagando la pensión solicitada de forma cumplida y sin ningún tipo de atraso, por lo que los intereses solicitados resultan improcedentes.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante la providencia del 19 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**. En consecuencia, declaró que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1° de octubre de 2011 en cuantía de \$8.095.678,18 en 13 mesadas pensionales, condenando a Colpensiones al pago del retroactivo causado desde el 19 de julio de 2016 por concepto de las diferencias causadas entre las mesadas reconocidas y la aquí calculada, con los respectivos incrementos legales, mesadas que deben indexarse; así mismo, autorizó a la demandada a descontar el valor correspondiente por concepto de aportes en salud y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás.

Como fundamento de su decisión adujo, en síntesis, que conforme el reporte de semanas cotizadas, actualizado al 5 de febrero de 2020, el demandante acredita 500 semanas de

Código Único de Identificación: 11001310502220190051401

Demandante: **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI**

Demandado: **COLPENSIONES**

cotización dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, esto es entre el 6 de julio de 1990 y el mismo día y mes del 2010, pues en dicho tiempo se acredita un total de 734.05 semanas, así como 1.238 durante toda su vida laboral, con lo que se supera el número mínimo de semanas requerido, para hacerse acreedor al beneficio pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990.

Frente al I.B.L trajo a colación en el análisis lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los supuestos fácticos para considerarse destinatario del artículo 21, ídem y lo explicado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte en sentencias como la SL 4086 de 2017 y SL 4961 de 2018, entre otras.

Ahora, para el caso concreto expuso que, para el 1° de abril de 1994, al demandante le faltaban más de 10 años para obtener su derecho a la pensión y contaba con menos de 1.250 semanas, por lo que el IBL debía calcularse con el promedio de los últimos 10 años y, efectuadas las operaciones matemáticas correspondientes dijo obtenerse un I.B.L de \$8.995.197 con lo cotizado durante los últimos 10 años, el cual resulta mayor al promedio de toda la vida laboral, que corresponde a la suma de \$6.668.038, por lo que, al serle más beneficioso el I.B.L obtenido con el promedio de los últimos 10 años, incluidas las cotizaciones posteriores al cumplimiento de los requisitos, decidió tomar este IBL y como quiera que el accionante cuenta con 1.238 semanas, dijo, corresponde aplicarle una tasa de reemplazo del 90% conforme lo establece el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la mesada 14 expuso que, teniendo en cuenta el Acto Legislativo 01 del 2005 y como quiera que la pensión aquí reconocida lo fue a partir del 01 de octubre de 2012, al demandante sólo le corresponden 13 mesadas pensionales al año.

Código Único de Identificación: 11001310502220190051401

Demandante: **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI**

Demandado: **COLPENSIONES**

Finalmente, frente a la excepción de prescripción adujo que, a través de Resolución No. 22485 del 20 de junio de 2012 el I.S.S., reconoció pensión de vejez a favor del demandante en los términos de la Ley 71 de 1988, la solicitud de reliquidación en los términos del Acuerdo 049 de 1990 fue presentada por la parte demandante el 19 de julio de 2019 y la demanda se presentó el 23 de julio de 2019, por lo que concluyó que transcurrieron más de 3 años entre la fecha en que se efectuó el reconocimiento y la solicitud de reliquidación, razón que lo llevó a declarar probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de julio de 2016. En cuanto a los intereses moratorios expuso que se presenta una causal que permite exonerar a la entidad de su pago, pues en este caso acaeció un cambio jurisprudencial que Colpensiones no podía prever para el momento en que se efectuó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión, aunque reconoce la indexación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES solicitó se tengan en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia como los expuestos en las sentencias SL 16081 del 7 de octubre del año 2015 radicación 48860, ratificada en sentencia SL 9351 del 15 de junio del año 2016 con radicado 44975.

Expuso que en el presente asunto se solicitó la aplicación del precedente de la Honorable Corte Constitucional contenido en las sentencias SU 769 2014 y SU 057 del 2018 y la más reciente sentencia del 2021 de la Corte Suprema de Justicia, precisó que en esa sentencia se acuña al criterio de sumar tiempos públicos y privados únicamente cuando al afiliado que pretende su pensión no le es posible alcanzar las semanas exigidas, únicamente con las privadas o públicas y tiene que así acudir a esta sentencia para conseguir su derecho pensional, sin que esto implique que todas las pensiones puedan ser reliquidadas bajo este criterio.

Adujo que, si bien es cierto el hoy demandante se encuentra en el régimen de transición también lo es que adquirió su status pensional el día 1° de octubre del año 2011, fecha anterior a la publicación de la sentencia SU 769 del 16 de octubre del año 2014, razón por la cual no es posible reconocer la prestación teniendo en cuenta los tiempos aportados a otras cajas en virtud del Decreto 758 de 1990.

Manifestó que no procede la aplicación de esta sumatoria, pues debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, el artículo 16 de la Ley 90 de 1946, el artículo 32 del Decreto 3041 de 1966, el Decreto 4033 de 1971, el artículo 31 del Decreto 1650 de 1977 y la sentencia SL 5514 del 2018, que indican que para este tipo de reconocimientos solo se puede tener en cuenta los tiempos cotizados exclusivamente al entonces Seguro Social.

Concluyó indicando que este precedente de la Corte Suprema de Justicia viola el principio de la inescindibilidad de la norma, deroga la Ley 71 de 1988 y reabre el debate de las liquidaciones pensionales, generando una congestión judicial e inseguridad jurídica luego de 30 años, generando un vacío pensional en el presupuesto del régimen de prima media.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación así como el grado de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 12 de noviembre del 2021, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, que la competencia de esta Corporación a la luz de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueran totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala tendrá como problema jurídico a resolver: determinar si resulta procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el demandante computando para ello todos los tiempos de servicio cotizados, tanto públicos como cotizados al ISS, en aras a obtener una tasa de reemplazo del 90%, pese a que ostenta una pensión de jubilación reconocida con base en la Ley 71 de 1988.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años

de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...)"

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: **i)** a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que **ii)** a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. **43336**, 08 de mayo de 2013, Rad. **42529**, y 06 de abril de 2016, Rad. **51152**; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-230 de 2015**.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentado por varios años, en el entendido de

Código Único de Identificación: 11001310502220190051401

Demandante: **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI**

Demandado: **COLPENSIONES**

que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido, en la decisión **CSJ SL032-2018**, reiterada en la **CSJ SL1652-2018**, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema adoctrinó lo siguiente:

“No incurrió el sentenciador de segundo grado en error jurídico frente a las normas denunciadas, al no haber sumado, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, las semanas cotizadas al ISS con tiempos servidos al sector público, toda vez que el fallador simplemente se limitó a acoger la jurisprudencia sostenida actualmente por esta Corporación, según la cual no resulta procedente la contabilización entre aquéllas y éstos, por cuanto dicha normatividad no contempla tal posibilidad de manera expresa y, además, porque lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solamente concierne a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral.

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal

f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ **SL1947-2020 rad. 70918**, reiterada en la CJ **SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...]

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...]

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*." (Subrayado fuera del texto).

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la **reliquidación** de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ **SL2557-2020 rad. 72425**, en la cual se expresó:

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

"Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más

favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión". (Negrillas por la Sala).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i) Carlos Alberto Estefan Upegui nació el 06 de julio de 1950, tal y como da cuenta el registro civil de nacimiento y la copia del documento de identidad, visibles a folios 2 y 3;
- ii) Laboró en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA del 14 de septiembre de 1982 al 19 de junio de 1985, esto es 144.29 semanas, según certificados CLEBP obrantes a folios 15 a 18 y 120;
- iii) Laboró en la Corporación Autónoma Regional del Tolima - CORTOLIMA del 13 de marzo de 1987 al 11 de septiembre de 1991, esto es 234.95 semanas, conforme certificados CLEBP allegados a folios 19 a 24 y 120;
- iv) Fungió como Gobernador del Tolima del 01 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2000, conforme la certificación obrante a folios 27 a 29;
- v) Fungió como Senador de la República del 29 de julio al 29 de octubre ambos de 2003, conforme formatos CLEBP obrantes a folios 25 a 26 y 120;
- vi) Cotizó 900.57 semanas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones entre el 02 de mayo de 1977 al 30 de septiembre de 2011 (fl. 9 a 14 y 120);
- vii) El demandante elevó solicitud pensional el día **29 de diciembre de 2011.** (Archivo 00004430000000014208280000101A.TIF fl. 120)
- viii) Mediante Resolución 22485 del **20 de junio de 2012** le fue reconocida pensión de jubilación de conformidad con la Ley 71 de 1988, **a partir del 1° de octubre de 2011**, obteniendo el pago de un retroactivo pensional de **\$62.420.199** (fls. 38 a 39 y 120);

- ix) El **19 de julio de 2019** solicitó la reliquidación de su pensión teniendo como I.B.L el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios y de manera subsidiaria, aplicando el Acuerdo 049 de 1990, para que se tuviera en cuenta la totalidad de los aportes realizados en el sector público y privado (fls. 73 a 74).

Rememórese que en el caso bajo estudio, se tiene que la pensión de jubilación del actor fue reconocida por la pasiva, de conformidad con el régimen de transición y la **Ley 71 de 1988**, no obstante, el demandante aspira ahora a la reliquidación de la prestación en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, y la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados.

Pues bien. Vistos los antecedentes jurisprudenciales vigentes en la materia, debe concluirse que resulta posible efectuar la reliquidación de la pensión bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión, teniendo en cuenta todos los períodos y tiempos cotizados a otras cajas de previsión, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1990, esto es, con el promedio que devengó el demandante en los últimos 10 años de cotización o el de toda la vida laboral, siempre y cuando acredite más de 1250 semanas.

En el análisis se encuentra que al actor le faltaban más de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que la edad pensional la cumplió el 06 de julio de 2010, teniendo en cuenta que nació el mismo día y mes de 1950. Así, la Sala se remite al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, según el cual, para acceder a la pensión de vejez, el afiliado hombre debía acreditar: i) 60 o más años de edad, y ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber

Código Único de Identificación: 11001310502220190051401

Demandante: **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI**

Demandado: **COLPENSIONES**

acreditado un número de 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo, situación que demostró, puesto que acreditó **144.29 semanas** cotizadas al Incora (Fl. 15 a 18 y 120), **234.95 semanas** a la Caja Nacional (fls. 19 a 24 y 120), **4.29** a Fonprecon (fls. 25 a 26 y 120) y **900.57 semanas** cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (fl.9 a 14 y 120), para un **total de 1284.1 semanas** cotizadas; por lo que además, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 20 del citado Acuerdo para aumentar en 3% la tasa de reemplazo del actor por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500 y, ya que alcanza 1284.1 semanas cotizadas, 784.1 semanas resultan ser adicionales, siendo entonces la tasa de reemplazo a aplicar la correspondiente al 90%.

Así las cosas, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta que se surte a favor de Colpensiones, se procede a verificar si la mesada calculada por la *a quo* se encuentra ajustada, para lo cual, efectuadas las operaciones aritméticas del caso y con ayuda del Grupo Liquidador de este Tribunal¹, se tiene que, efectuados los cálculos de rigor, con los últimos 10 años de cotizaciones, el I.B.L encontrado resulta ser la suma de \$8.842.872,03, al cual se le aplica la tasa de reemplazo del 90%, lo que arroja como resultado una mesada de **\$7.958.584,83** para el año 2011, resultando esta una suma inferior a la calculada en primera instancia, razón por la cual, ha de **modificarse** la sentencia consultada y apelada en tal sentido.

Ahora, en virtud de la consulta que se surte a favor de Colpensiones, ha de estudiarse lo referente a los intereses moratorios e indexación y la prescripción.

¹ Ver liquidación anexa.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición:

“(...)En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones.

[...] Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales «de que trata esta Ley (sic)», entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de «esta Ley (sic)» prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con deficiencia física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de «esta Ley (sic)».[...]

Con lo anterior, la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones”.

Por otra parte, la misma Corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. **42783**, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la **SL8949-2017 y SL3947-2020**), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. **43602**, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, **Rads. 44526 y 45312**, así como en la **SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020**).

Ahora, y en relación con el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la **SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021**, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, como ocurre en el caso presente.

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primer grado, de reconocer la indexación de las sumas correspondientes a las diferencias que resulten como consecuencia de la reliquidación, al verse sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, resultando procedente garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa. Lo dicho, de conformidad con las sentencias **SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021**.

PRESCRIPCIÓN

Frente al particular, ha de indicarse que, en el presente asunto, la prestación pensional fue reconocida mediante Resolución 22485 del 20 de junio de 2012, la reclamación de reliquidación solicitando la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 fue presentada el 19 de julio de 2019 (fl. 65 a 74) y la demanda el 23 del mismo mes y año (fl. 97), con lo que operó el fenómeno prescriptivo de que tratan los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS. Así, acertada fue la decisión de la *a quo* al condenar a Colpensiones al pago de las diferencias causadas entre la mesada pensional reconocida y la reliquidada, a partir del 19 de julio de 2016.

Por lo anteriormente expuesto, habrá de **MODIFICARSE** el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de tener como mesada pensional para el año 2011 la suma de **\$7.958.584,83** y **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia en mención.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en el sentido de tener como mesada pensional para el año 2011 la suma de

Código Único de Identificación: 11001310502220190051401

Demandante: **CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI**

Demandado: **COLPENSIONES**

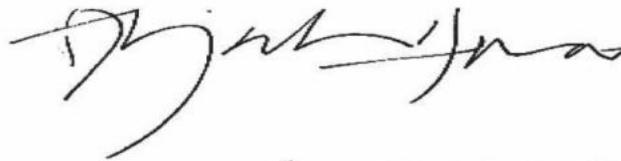
\$7.958.584,83, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de origen y fecha conocidos.

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

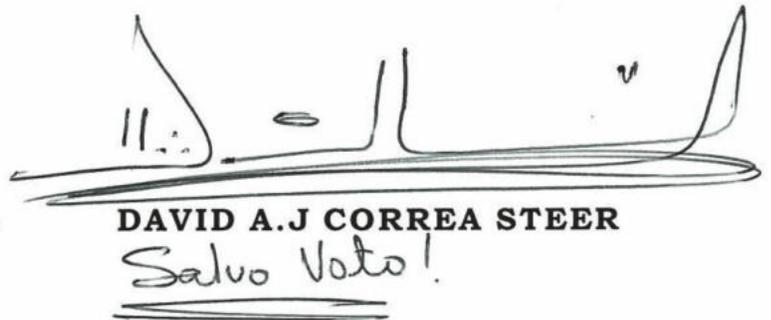
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER
Salvo Voto!



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 022-2019-00514-01

CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

Con el acostumbrado respeto, salvo el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

Es de anotar que, en mi opinión, cuando las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de una reliquidación de la pensión de vejez, no es posible sumar tiempos de servicio público no cotizados al I.S.S., hoy Colpensiones S.A., con aportes efectuados a dicha entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez, en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, considero que, como de manera reiterada lo había sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia en la

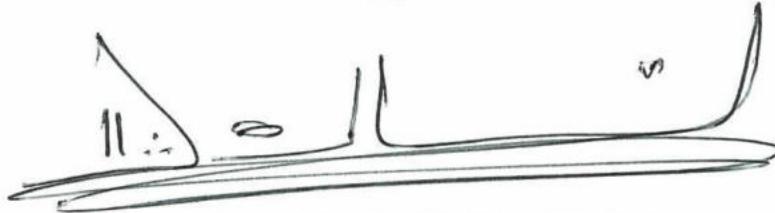
reiterada e inveterada jurisprudencia (la cual fue recogida recientemente por la mayoría de sus miembros), la referida sumatoria resulta totalmente improcedente, toda vez que el régimen de transición remite a la legislación vigente, la cual es aplicable con anterioridad al sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, en lo relativo a la edad, **el tiempo de servicios o semanas cotizadas** y el monto de la pensión; y en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en ninguna de sus disposiciones permite la acumulación de tiempos prestados en el sector público-no cotizados al I.S.S., hoy Colpensiones, con los sufragados a otras entidades o cajas de previsión social; por lo tanto, hay que dejar totalmente claro que lo considerado en el artículo 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, establece como supuesto para la causación del derecho a la pensión de vejez, la acreditación de un mínimo de «**semanas de cotización**» que deben ser «**pagadas**» o «**sufragadas**» en los lapsos allí referidos, lo que en los términos expuestos, permite excluir los tiempos de servicios no cotizados a la entidad. (las negrillas son mías).

Así las cosas, se debe tener en cuenta que el mencionado Acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios para la regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por el extinto I.S.S., en virtud de los aportes realizados a esa entidad, con una tasa de reemplazo y un ingreso base de liquidación que estaba de acuerdo con el funcionamiento mismo del régimen pensional, sin permitir ese tipo de acumulación de tiempos, lo cual sí fue previsto por el legislador en la Ley 71 de 1988, que es aplicable también en virtud del régimen de transición.

Por lo anterior, estoy totalmente convencido que lo

plasmado en la presente providencia, fue haber efectuado una mixtura de la regulación legal que contiene el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual anualidad, con las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 100 de 1993, con plena desconocimiento de los postulados constitucionales y legales ampliamente reconocidos.

En los anteriores términos, presento mi salvamento de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JALVER LÓPEZ GONZÁLEZ** promoviese contra **VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA.- VISE LTDA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende el reconocimiento y pago de las cesantías del año 2015, así como la indemnización moratoria.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

1) Laboró con VISE LTDA. del 24 de octubre de 2015 al 23 de

abril de 2016; **2)** Desempeñaba el cargo de Supervisor; **3)** Devengaba \$1'921.845; **4)** No le pagaron las cesantías; y **5)** Se encuentra vinculado al Fondo Nacional del Ahorro.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

WISE LTDA. (fls. 57 a 62), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe, y compensación.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo con el actor, los extremos del vínculo laboral y el cargo desempeñado por el demandante. Negó los demás hechos.

Indicó que liquidó y consignó en debida forma el valor correspondiente a cesantías para el año 2015, tal y como puede corroborarse de la documental anexa.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 20 de enero de 2021 dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: ORDENAR a VISE LTDA. solicitar al Porvenir S.A. para que traslade al Fondo Nacional del Ahorro, el aporte de las cesantías causadas en el año 2015 del actor, a efecto de superar el aporte errado.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

En síntesis, refirió que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; que en el plenario obra certificado de pago de las cesantías del año 2015,

del que se logra extraer que se efectuó el 12 de febrero de 2016 ante Porvenir S.A.; que el actor se encontraba afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, por lo que resulta procedente que Porvenir S.A. traslade lo pagado por concepto de cesantías, a afectos de superar el yerro acaecido; que el valor consignado por parte del empleador es coincidente con el que fue liquidado por el Despacho; y que no hay lugar a sanción moratoria, como quiera que la conducta del empleador no está revestida de mala fe, ya que, consignó el valor de las cesantías antes del 14 de febrero de 2016, por manera que no tuvo intención de sustraerse de su pago ni de perjudicar al trabajador, por demás que no se tiene conocimiento que el actor informó su fondo de cesantías.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Indicó que al momento de la liquidación del contrato de trabajo surgió a favor del trabajador el derecho a que le fuera pagado sus cesantías; que no obstante lo anterior, el empleador nunca procedió a dar cumplimiento a tal obligación legal y esta es la fecha, en que aún no se conoce donde fue consignadas sus cesantías; que el trabajador desde el inicio de la relación laboral le señaló a su empleador su caja de cesantías, por demás que venía del sector público; que la demandada debió actuar de manera leal y transparente al momento de consignar las cesantías, pagándola en un tiempo razonable e informando a su trabajador; que el pago irregular no es suficiente para considerar que hubo buena fe, pues debe hacerse de forma completa; que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, y que era deber del empleador informar el estado de pago de sus aportes y parafiscales a los trabajadores, conforme al parágrafo 1° del artículo 64 del C.S.T., de manera que, al no cumplirse con esta obligación el despido queda sin efecto.

PARTE DEMANDADA.

Expuso que se debe absolver de la condena en costas, pues obró de buena fe, cumpliendo con la obligación de pagar las cesantías, sin querer evadir sus responsabilidades.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable establecer que la conducta del empleador en el pago de las cesantías de 2015 no se ajusta a los postulados de la buena fe, y en consecuencia si hay lugar a reconocer la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., así mismo se analizará si hay lugar a exonerar de la condena en costas al demandado al haber obrado siempre de buena fe.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La **indemnización moratoria** es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y se encuentra consagrada en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T., y consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Valga recordar, que para establecer la procedencia de la indemnización descrita, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175, SL16884-2016 y la SL3071-2018).

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** Jalver López González laboró al servicio de VISE LTDA. del 24 de octubre de 2015 al 23 de abril de 2016, mediante contrato de trabajo a término fijo, desempeñando el cargo de Supervisor (fls.6 y 7, 88 a 92).

- ii) El actor se encuentra afiliado al Fondo Nacional del Ahorro en cesantías (fls.8 y 9).
- iii) El empleador VISE LTDA., consignó las cesantías del demandante del año 2015, el 12 de febrero de 2016 en Porvenir S.A, según certificación de aportes en línea (fl.93).

Pues bien. Expuesto lo anterior, lo primero que debe aclararse es que las pretensiones giraron en torno al **reconocimiento y pago de las cesantías del año 2015, y su correspondiente indemnización moratoria**, sin en que fuera objeto de pretensión la sanción del parágrafo 1° del artículo 654 del C.S.T. por la falta de comunicación del empleador de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad, por lo que contrario a lo que aspira la activa en su recurso del alzada no le es dable a la Sala efectuar pronunciamiento de fondo alguno sobre tal tópico, máxime si se tiene en cuenta que sólo el juzgador de única y primera instancia cuentan con las facultades ultra y extra petita. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (ver a manera de ejemplo, la sentencia SL4487-2021).

Por otra parte, y en lo referente a la indemnización moratoria, como quedó visto del recuento jurisprudencial relacionado, no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso, y el juzgador debe observar la conducta del empleador renuente conforme se verifique su buena o mala fe.

En ese sentido, encuentra la Sala que las cesantías pretendidas surgieron por la prestación del actor de sus servicios en el año 2015, por lo que su pago se debió efectuar a más tardar el 14 de febrero de 2016. Así mismo, se verifica que el entonces empleador VISE LTDA., pagó las cesantías correspondientes al año 2015, el día 12 de febrero de 2016 a Porvenir S.A.,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-00258 -01
Demandante: **JALVER LÓPEZ GONZÁLEZ.**
Demandado: **VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA- VISE LTDA.**

circunstancia con la que incurrió en un error, ya que el fondo de cesantías al que se encontraba afiliado el demandante era el Fondo Nacional del Ahorro.

Así las cosas, resulta palmario el error del empleador al efectuar el pago de las cesantías por cuanto evidente resulta que las consignó en un fondo diferente al que se encuentra afiliado el demandante, empero, debe advertirse desde ya que, de tal situación la Sala no encuentra evidente una actuación de mala fe de su parte, pues como acertadamente lo estableció el A Quo, de la conducta aludida no se logra inferir el ánimo de parte del empleador de no efectuar el pago o de abstenerse de cumplir con sus obligaciones.

Adicionalmente, no se encuentra prueba alguna que soporte el dicho del impugnante, al señalar que desde el inicio de la relación laboral el trabajador le indicó a su empleador su caja de cesantías, por el contrario, del testimonio de **Fabián Marulanda Acevedo** se logra determinar que en la base de datos de la empresa no estaba registrado el fondo de cesantías del actor, y que se realizó la consignación en Porvenir S.A., dado que era el fondo con mayor afluencia de empleados de la compañía. Ello por supuesto no se torna en excusa suficiente del empleador, quien debió cerciorarse previamente de manera directa con su trabajador de cuál era el fondo al que se encontraba afiliado, pero, se insiste, no configura per se una conducta a la que pueda atribuírsele mala fe.

Aunado a lo anterior, el actor al momento de rendir **interrogatorio de parte** manifestó que nunca le pidió al empleador la corrección del pago que realizó, y que sólo hasta la fecha de su declaración, se enteró de la existencia de la falta de pago de cesantías.

Por tanto, considera la Sala que, pese a que el actuar del empleador fue equivocado, éste no obró de mala fe, por lo que se **CONFIRMARÁ** la decisión del A Quo en este sentido.

COSTAS.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que, al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de la demandada, lo consecuente es que sea ésta quien deba asumir tal carga, sin detenimiento alguno en si esta obró o no de buena fe, por cuanto al tratarse de una condena a tasar de manera objetiva, lo cierto es que, el solo hecho de ser vencida en juicio habilita la imposición de la misma.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia en el punto de apelación analizado.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-00258 -01
Demandante: **JALVER LÓPEZ GONZÁLEZ.**
Demandado: **VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA- VISE LTDA.**

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora y APPLEX AMERICAS S.A.S. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **GUSTAVO ADOLFO BARRERA SÁNCHEZ** promoviese contra **APPLEX AMÉRICAS S.A.S., ALFAGRES S.A., Y ANDRITZ HYDRO LTDA.**

AUTO

El 12 de agosto de 2021, el apoderado de la parte demandada **APPLEX AMÉRICAS S.A.S.**, solicitó que se decretara como pruebas los testimonios de Alejandro Jiménez Parra, y Javier Rivera.

Para resolver tal solicitud, es necesario advertir, desde ya que la solicitud elevada es abiertamente extemporánea. En efecto, el artículo **83** del C.P.T y de la S.S., establece que las partes no pueden solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia y que, solo cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, puede el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Del análisis de la norma citada claramente se concluye que es posible decretar pruebas en segunda instancia, siempre y cuando el sentenciador observe una de las siguientes circunstancias: **(i)** cuando es a petición de la parte interesada, las pruebas en primera instancia debieron ser pedidas, decretadas, y su falta de práctica debe obedecer a causas ajenas a la responsabilidad del apoderado, y **(ii)** oficiosamente, esto es, cuando el juzgador considere las pruebas necesarias para resolver la apelación o la consulta. En todo caso, en ambos casos es potestad del Juez Colegiado la práctica de las pruebas durante el trámite de la segunda instancia, sin que ello sea una imperativa obligación, tal y como lo ha sustentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Ver a manera de ejemplo sentencia del 27 de abril de 2016, Rad. 46209)

Así las cosas, frente a la petición de la sociedad co demandada, APPLEX AMÉRICAS S.A.S., de que en esta instancia se practiquen los testimonios enunciados en su escrito, debe decirse que la Sala advierte que dicha parte incurrió en las siguientes conductas que no permiten su práctica: **(i)** El apoderado de APPLEX AMÉRICAS S.A.S. solicitó pruebas en su contestación de la demanda y del llamamiento en garantía, no obstante, en la audiencia del artículo 80 del C.P.T. y de la S.S., al momento de practicarse los interrogatorios de parte y el testimonio de José Heliberto Jiménez Aguilar, el apoderado manifestó que no contaba con la presencia de los testigos sin justificar su ausencia; **(ii)** El juez de conocimiento cerró el debate

probatorio, y el apoderado de APPLEX AMÉRICAS S.A.S nada dijo frente a tal situación, así como tampoco interpuso recurso alguno; y **(iii)** Al momento de interponerse recurso de apelación contra la sentencia, el apoderado de la parte actora no elevó ningún tipo de manifestación frente a la falta de práctica de los testigos, lo que únicamente vino a hacer, como se dijo, extemporáneamente, una vez se admitieron los recursos de apelación.

Por tanto, es claro para la Sala, que la codemandada APPLEX AMÉRICAS S.A.S., dejó vencer las oportunidades, no solo para pedir y practicar pruebas sino además para remediar procesalmente eventuales vicisitudes que impidieron la comparecencia de testigos a la audiencia respectiva o bien, omisiones del fallador de primera instancia en el desarrollo de la etapa probatoria; descuidos que no pueden ser suplidos en esta instancia, por demás que una interpretación distinta podría menoscabar el derecho al debido proceso, el principio de la doble instancia, y de acción de las demás partes, quienes fundaron su contradicción en las pruebas oportunamente allegadas al plenario.

Por lo anterior, no se dispondrá la práctica de los testimonios solicitados en esta instancia, y en consecuencia se dispone dictar la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo del 01 de octubre de 2018 al 26 de febrero de 2019 con APPLEX AMÉRICAS S.A.S.; que prestó sus servicios en ALFAGRES S.A. y ANDRITZ HYDRO LTDA, en la modalidad “in house”; que ALFAGRES S.A. y ANDRITZ HYDRO LTDA. son solidariamente responsables de las

condenas que se impongan; y que las demandadas generaron la renuncia del accionante. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa, el 50% del salario del mes de diciembre de 2018, los salarios de enero y febrero de 2019, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a pensión, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pagar intereses a las cesantías, e indexación.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Inició a laborar al servicio de APPLEX AMÉRICAS S.A.S. el 01 de octubre de 2018, para desempeñar el cargo de Profesional de Consultoría en Implementación, Soporte de la Solución Tecnológica SAP, por un término inicial de nueve meses, con un salario de \$11'000.000; **2)** Debía presentar cuentas de cobro para que le pagaran su salario; **3)** Recibía órdenes de APPLEX AMÉRICAS S.A.S y se le exigió que prestara servicios a favor de ALFAGRES S.A.S. y ANDRITZ HYDRO LTDA. en la modalidad "in house", la que se prestó con sujeción a un contrato de trabajo de 8:00 A.M. a 5:00 P.M.; **4)** Debía reportar el tiempo efectivamente trabajado al servicio a las empresas ALFAGRES S.A.S. y ANDRITZ HYDRO LTDA., mediante un formato de reporte de horas; **5)** Le pagaron los salarios de octubre y noviembre de 2018, sin embargo, en diciembre del mismo año, únicamente le pagaron el 50% de su salario; **6)** Pese a que trabajó los meses de enero y febrero de 2019, no le pagaron su salario; **7)** Ante los reiterados incumplimientos en el pago de sus salarios, la ausencia de justificaciones en las demoras del pago, y el no pago de prestaciones sociales y la demora en celebrarse formalmente un contrato de trabajo, presentó renuncia motivada; **8)** Le adeudan las prestaciones legales que pretende; y **9)** En el transcurso de la relación laboral debía pedir permiso para ausentarse, cumplir horario de trabajo, le era ejercida potestad disciplinaria y reglamentaria.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

APPLEX AMÉRICAS S.A.S. (fls. 133 a 155), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la relación laboral contractual, inexistencia de obligación de pago, y carencia de derecho.

Aceptó que el demandante debía presentar cuentas de cobros para lograr el pago de sus servicios; y que el 26 de febrero de 2019, el actor dejó de prestar servicios a su favor. No aceptó ningún hecho adicional.

Adujo que lo que existió entre las partes fue un contrato verbal de prestación de servicios con pago de honorarios y no de salario; que el actor prestaba sus servicios sin subordinación alguna, y nunca le fueron impartidas órdenes; que el demandante renunció por cuenta propia; que al demandante se le pagan sus honorarios conforme a las cuentas de cobro que presentaba; y que no existe prueba que sustente los hechos de la demanda, por el contrario al plenario se arrió certificaciones de los contratos de prestación de servicios que existió entre las partes.

Por su parte, **ANDRITZ HYDRO LTDA.** (fls. 197 a 226), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación por pasiva, inexistencia de las obligaciones que se reclaman, pago, compensación, buena fe, inexistencia de contrato de trabajo, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad, improcedencia de la sanción moratoria, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Expuso que no le consta el valor de los honorarios del actor; el 11 de abril de 2018, APPLEX AMÉRICAS S.A.S. le presentó una propuesta para la implementación del software SAP, el que le fue adjudicado a esta empresa; que el 11 de febrero de 2019 se dio por terminado el proyecto contratado con APPLEX AMÉRICAS S.A.S.; que el actor no se referencia de la contratación como APPLEX AMÉRICAS S.A.S. como la persona encargada de ejecutar el contrato; y que el objeto social de su empresa es distante del de APPLEX AMÉRICAS S.A.S., ya que, se dedica a la prestación de servicios de diseño, ingeniería de detalle, gerenciamiento de proyectos, consultoría, asesoría, asistencia técnica, instalación, construcción de obras civiles, entre otras, y de ésta es la prestación de servicios de consultoría y asesoría informática.

ALFAGRES S.A. EN REORGANIZACIÓN (fls. 313 a 320), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, y cobro de lo no debido.

No aceptó ningún hecho. Dijo que entre el demandante y la sociedad no existió relación laboral, civil o comercial; que no le constan los honorarios del actor; en ejercicio del principio de la autonomía privada de la voluntad celebró con APPLEX AMÉRICAS S.A.S. un contrato de prestación de servicios profesionales especializados de consultoría en SAP; que APPLEX AMÉRICAS S.A.S. se obligó a asumir la totalidad de acreencias laborales de sus consultores y profesionales; y que tiene por objeto social la producción, importación, exportación y comercialización de pisos, revestimientos cerámicos, pinturas y acabados para la construcción, el que es diferente al servicio que le prestó APPLEX AMÉRICAS S.A.S.

2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

ANDRITZ HYDRO LTDA. llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fls. 285 a 288), quien no dio contestación (fl.368).

Igualmente, ALFAGRES S.A. EN REORGANIZACIÓN llamó en garantía a **APPLEX AMÉRICAS S.A.S.** (343 a 345), quien se opuso al llamamiento en garantía, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de relación laboral contractual inexistencia de obligación de pago, y carencia de derecho.

Reiteró que lo que existió entre las partes fue un contrato verbal de prestación de servicios con pago de honorarios; que el actor prestaba sus servicios sin subordinación alguna, y nunca le fueron impartidas órdenes; y que no existe prueba que sustente los hechos de la demanda, por el contrario al plenario se arrimó certificaciones de los contratos de prestación de servicios que existió entre las partes.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de abril de 2021 dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y **APPLEX AMÉRICAS COLOMBIA S.A.S.** existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de octubre de 2018 y el 26 de febrero de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a **APPLEX AMÉRICAS S.A.S.** a pagar al demandante, las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

- a.** \$26'033.333 por salarios.
- b.** \$4'461.111 por cesantías.
- c.** \$114.440 por intereses a las cesantías.
- d.** \$114.440 por sanción por no pago de intereses a las cesantías.
- e.** \$4'461.111 por prima de servicios.
- f.** \$2'230.555 por vacaciones.
- g.** \$7'333.333 por indemnización por despido sin justa causa.

Demandante: **GUSTAVO ADOLFO BARRERA SÁNCHEZ.**

Demandado: **APPLEX AMÉRICAS S.A.S., y otros.**

h. Devolución de las sumas correspondientes a la cuota parte que estaba obligada en condición de empleador al sistema de seguridad social en pensiones y salud, respecto al periodo comprendido entre el 01 de octubre de 2018 y el 31 de diciembre de 2018.

PARÁGRAFO: Las condenas impuestas a la demandada, deberán ser indexadas al momento en que se realice su pago.

TERCERO: ABSOLVER a APPLEX AMÉRICAS COLOMBIA S.A.S. de las demás pretensiones incoadas por el demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por APPLEX AMÉRICAS COLOMBIA S.A.S.

QUINTO: ABSOLVER a ALFAGRES S.A. EN REORGANIZACIÓN y ANDRITZ HYDRO LTDA de las pretensiones incoadas por el demandante.

SEXTO: ABSOLVER a las entidades llamadas en garantía SEGUROS DEL ESTADO y APPLEX AMÉRICAS S.A.S., de las pretensiones incoadas por ALFAGRES S.A. EN REORGANIZACIÓN y ANDRITZ HYDRO LTDA.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a APPLEX AMÉRICAS S.A.S.

En síntesis, al abordar el problema jurídico y valorar el recaudo probatorio refirió que de la prueba documental así como de los interrogatorios de parte y del testimonio recepcionado, que el accionante prestó servicios a favor de APPLEX AMÉRICAS S.A.S. del 01 de octubre de 2018 al 26 de febrero de 2019; que APPLEX AMÉRICAS S.A.S. no trajo ningún testigo a juicio, y se limitó a traer certificaciones y a participar en interrogatorios de parte, sin que se lograra extraer que la labor del accionante no era subordinada; que del testigo compareciente también se logra establecer que había una persona de APPLEX AMÉRICAS S.A.S., Javier Rivera, encargada de coordinar a los trabajadores de dicha sociedad que estaban prestando sus servicios en ALFAGRES S.A. EN REORGANIZACIÓN y ANDRITZ HYDRO LTDA.; y que de conformidad con lo anterior, no se desvirtuó elemento de la subordinación por parte de APPLEX AMÉRICAS S.A.S.

Indicó que conforme a certificaciones allegadas es dable establecer que el demandante percibió por concepto de salario la suma de \$11'000.000; que no existe evidencia del pago de los salarios pretendidos, prestaciones sociales, y vacaciones; y que se encuentra a cargo del empleador la porción que le correspondía pagar por concepto de aportes a salud y pensión.

Explicó que la renuncia presentada por el demandante estuvo motivada en el incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales, como lo es en este caso, la falta de pago de salario, por lo que, la justa causa alegada por el trabajador se encuentra acreditada, y en ese sentido le corresponde una indemnización por despido indirecto.

Concluyó advirtiendo que no es dable condenar a sanciones moratorias, como quiera que APPLEX AMÉRICAS S.A.S. tenía la convicción que entre las partes lo que existía era un contrato de prestación de servicios, por demás que en el proceso no se acreditó ningún tipo de imposición de órdenes, no hay prueba de un trato típicamente laboral; que por lo anterior, hay lugar a reconocer la condenas debidamente indexadas; y que no es dable considerar a ALFAGRES S.A. EN REORGANIZACIÓN y ANDRITZ HYDRO LTDA. solidariamente responsables de las condenas impuestas, como quiera que tienen objetos sociales a los de APPLEX AMÉRICAS S.A.S., por demás que el accionante no ejecutó labores propias del objeto social las llamadas en solidaridad.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que hay lugar a imponer sanciones moratorias, como consecuencia de la reclamación elevada por el actor, la conducta de APPLEX AMÉRICAS S.A.S., el silencio, y la conducta observada en el proceso, que fue desconocer hasta el fin el contrato de trabajo; que aunado a lo anterior, APPLEX AMÉRICAS S.A.S. tuvo la intención de disfrazar una relación laboral, realizando para ello maniobras fraudulentas con la intención de no cumplir sus obligaciones laborales; que se debe verificar si las labores de facturación de impuestos son escindibles de cualquier actividad económica, pues son actividades conexas y

complementarias del objeto social de ALFAGRES S.A. y ANDRITZ HYDRO LTDA, motivo por el que resultarían solidariamente responsables de las condenas impuestas; y en suma que quien contrata terceros tiene el deber de estar pendiente del pago de los aportes a seguridad social de los trabajadores.

APPLEX AMÉRICAS S.A.S.

Señaló que es obvio que nunca se pudo demostrar la existencia de un contrato, pues lo que está plenamente acreditado es que entre las partes hubo un contrato de prestación de servicios civil o comercial, del que la parte actora ni siquiera había presentado las cuentas de cobro; que hay que demostrar fehacientemente la existencia del vínculo laboral, y en especial el elemento de la subordinación, empero, nunca se demostró el cumplimiento de un horario de trabajo o el pago de salarios; y que no hay un fundamento jurídico lógico ni objetividad para imponer las condenas.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, ALFAGRES S.A., y ANDRITZ HYDRO LTDA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver** se circunscriben a determinar i) si entre el demandante y APPLEX AMÉRICAS S.A.S., existió una relación regida por un contrato de trabajo; y de ser afirmativo lo anterior deberá determinarse ii) si hay lugar a imponer sanciones moratorias; y iii) si las codemandadas son solidarias de las obligaciones del empleador.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el **principio de la realidad sobre las formas** consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la actividad personal a favor de la demandada para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, recalándose, en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo (Sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

DE LAS INDEMNIZACIONES MORATORIAS.

La **indemnización moratoria** es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y se encuentra consagrada en el inciso 1º del artículo 65 del C.S.T. De igual forma la indemnización por no consignación de las

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2019-00564 -01

Demandante: **GUSTAVO ADOLFO BARRERA SÁNCHEZ.**

Demandado: **APPLEX AMÉRICAS S.A.S., y otros.**

cesantías se encuentra consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Ambas tienen como consecuencia de la omisión el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Valga recordar, que para establecer la procedencia de las indemnizaciones descritas, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, así como la no consignación de las cesantías, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175, SL16884-2016 y la SL3071-2018).

De esta manera, se precisa que, cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

Así mismo, se hace necesario aclarar que la actuación del empleador para determinar si se obró o no de buena fe, únicamente se debe verificar frente a la actitud que tuvo el empleador en el desarrollo de la relación laboral, por lo que, no interesa su conducta procesal. Al punto, en sentencia del 01 de agosto de 2012, Rad.40972, se dijo:

“Con todo, debe advertirse que lo alegado por la censura, tampoco correspondería a un yerro del Tribunal, y la explicación de ello, paradójicamente, la suministra la propia acusación al transcribir apartes subrayados de la sentencia de 8 de noviembre de 2001, rad. 16827, en los que se deja sentado que, precisamente, la conducta a tener en cuenta por el fallador que ausulta la imposición o no de la sanción moratoria, es la

desplegada por el empleador al momento de terminar el contrato y no la conducta procesal posterior que éste asuma:

*“...la anterior obligación del Juzgador no está supeditada al comportamiento procesal que haya asumido el empleador durante el desarrollo del proceso a través del cual se discuten los derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios reclamados por el trabajador oficial demandante, pues, como ya ha tenido oportunidad de precisarlo la Corte, **lo que se juzga para los efectos a que se contrae dicha sanción es el comportamiento que tuvo el empleador al momento de terminar el contrato de trabajo y no la conducta procesal posterior que éste asuma**”.* (Negrillas por la Sala).

DE LA SOLIDARIDAD.

Cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede recaer en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante, tal como lo establece el artículo 34 del C.S.T.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de H. Corte Suprema de Justicia ha abordado en múltiples oportunidades el análisis de la regla contenida en el artículo 34 del C.S.T., señalando la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según la citada disposición no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor. Así lo indicó en sentencia SL3014-2019 reiterada en la SL3111-2021:

“[...] resulta pertinente traer a colación, lo sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL14692-2017, en donde reiteró lo dicho en la SL, 2 jun. 2009, rad. 33082:

“Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

*[...] Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no***

es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado". (Negrillas fuera del texto original)"

De esta manera, lo que debe observarse para determinar si existe solidaridad es si las actividades que desarrolló el trabajador son ajenas al objeto social de la empresa beneficiaria de la obra, pues de resultar extrañas no puede predicarse solidaridad; en otras palabras, las labores que desplegó el actor deben hacer parte del giro normal u ordinario de los negocios de la empresa, pues no cualquier actividad se encuentra enmarcada en tal situación, estas son actividades extrañas. En ese orden, es claro que para el desarrollo de su objeto social, una empresa realiza múltiples actividades pero las que realmente resultan preponderantes para determinar si existe o no solidaridad es que la actividad desarrollada haga parte del giro normal u ordinario de los negocios de la empresa beneficiaria.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia en el asunto de marras los hechos relativos a **i)** la prestación personal de los servicios del demandante al servicio de APPLEX AMÉRICAS S.A.S., entre el 01 de octubre de 2018 y el 26 de febrero de 2019 (fl 161 y 162); **ii)** el valor pactado por dicha prestación de servicios por valor de \$11.000.000 (fls. 161 y 162); **iii)** la renuncia motivada presentada por el demandante a la sociedad APPLEX AMÉRICAS S.A.S. el 26 de febrero de 2019, señalando el incumplimiento en los pagos de diciembre de 2018 a febrero de 2019 (fl.98); **iv)** la reclamación de acreencias laborales presentada por el demandante a APPLEX AMÉRICAS S.A.S., el 15 de marzo de 2019

resuelta negativamente el 24 de mayo de 2019, (fls. 38 a 48) y, **vi)** la celebración de sendos contratos de prestación de servicios de la sociedad APPLEX AMÉRICAS S.A.S., con las sociedades ALFAGRES S.A., y ANDRITZ HYDRO LTDA, para que la primera prestase a las segundas, servicios de consultoría (fls 321 a 326 y 231 a 236).

Al expediente, además de la documental arrimada por las partes de folios 15 a 109, 159 a 195, 227 a 274, 293 a 311, 321 a 342 y 346 a 361, se arrimó la testimonial del señor **José Heliberto Jiménez Aguilar**, quien manifestó que conoció al demandante por la relación que éste tuvo con ANDRITZ HYDRO LTDA.; que el actor prestó servicios para el desarrollo y la implementación de la facturación electrónica y unas mejoras que se requerían en el sistema de información SAP; que el actor prestó sus servicios para el periodo de octubre de 2018 a febrero de 2019; que las actividades del actor eran coordinadas por Javier Rivera, quien determinaba los horarios de su equipo de trabajo y las tareas en función de las etapas del desarrollo del proyecto; que la actividad principal de ANDRITZ HYDRO LTDA., corresponde a la prestación de servicios relacionados con el mantenimiento de hidroeléctricas; que APPLEX AMÉRICAS S.A.S., es una empresa que se encarga de asesoría técnica en el desarrollo de la implementación y mejoras del software SAP, el que se utiliza para facturación electrónica y el módulo financiero; que la necesidad de la empresa por contratar los servicios de APPLEX AMÉRICAS S.A.S. surgió por cuanto la Ley 1819 del 2016 estableció unas normas y unos requerimientos a las entidades que las obliga a facturar electrónicamente, de allí que la DIAN expidiera una serie de resoluciones para los grandes contribuyentes; que lo anterior significó que la empresa tenía la obligación al 30 septiembre de 2018 de transmitir a la DIAN de manera electrónica sus facturas, por lo que, para lograr tal cometido se implementó el sistema SAP; y que el demandante realizaba las actividades en las instalaciones de ANDRITZ HYDRO

LTDA., empero que no se le impartían órdenes particulares, era independiente en el lugar de trabajo.

De otro lado, en **interrogatorio de parte**, practicado al representante legal de APPLEX AMÉRICAS S.A.S., este señaló conocer al demandante porque prestó servicios para dicha sociedad, ejecutando sus servicios en las oficinas de éstas así como en las instalaciones de los clientes ANDRITZ HYDRO LTDA. y ALFAGRES S.A.; afirmó que el actor prestaba servicios profesionales de consultoría, particularmente, consultoría financiera en el módulo de finanzas.; y que la actividad del actor era de todos los días en horario laboral, pues en este tiempo debía solucionar los requerimientos de los clientes.

Pues bien. Como se señaló en líneas anteriores de esta decisión, lo primero por advertir es que se encuentra probada la prestación personal de los servicios del demandante a favor de la sociedad APPLEX AMÉRICAS S.A.S., ello se desprende, no solo de la contestación de dicha sociedad a la demanda, del documento de Fl 161 y 162, en la que la codemandada certifica una vinculación mediante contrato de prestación de servicios y con un pago de honorarios por valor de \$11.000.000 y del **interrogatorio de parte** rendido por el representante legal de APPLEX AMÉRICAS S.A.S, en el que confesó la prestación personal del servicio del señor Barrera Sánchez.

Así las cosas resulta claro que a favor del demandante se activó la presunción de existencia de un contrato de trabajo conforme las voces del Art. 24 del C.S.T., por lo que, refulge nítido que le corresponde al demandado derruir esa presunción, mediante actividad probatoria que de manera suficiente demuestre que la vinculación que unió a las partes fue una civil o comercial o en todo caso cualquiera distinta de una laboral.

Pues bien. Evaluado conjuntamente el material probatorio recaudado, la Sala no se encuentra prueba alguna que logre

desvirtuar la subordinación laboral del demandante mientras prestó servicios para APPLEX AMÉRICAS S.A.S. tal como lo advirtió el A Quo en su decisión. Nótese como dicha sociedad limitó su actividad probatoria a la aportación de alguna documental y a contrapreguntar al único testigo arrimado al proceso, pero de ninguna de ella emerge siquiera de manera incipiente que el demandante hubiese sido autónomo en la prestación del servicio.

En efecto, la evaluación de la prueba traída al proceso da cuenta de una aparente vinculación del demandante al servicio de APPLEX AMÉRICAS S.A.S., mediante "*contrato verbal de prestación de servicios*" afirmación hecha por dicha sociedad al contestar la demanda y que es refrendada con el documento de fls 161 y 162, en el que certifica la vinculación del demandante mediante contrato de prestación de servicios como Consultor SAP ABAP-FI.

No obstante, y aunque jurídicamente resulta posible la celebración de un contrato de naturaleza civil o comercial de prestación de servicios de manera verbal, pues la ley no exige que se haga por escrito - dada su naturaleza consensual- lo cierto es que, ante la manifestación hecha por el demandante de tratarse en su caso de una vinculación de carácter laboral, seguida además de una presunción en su favor de existencia de aquella, la carga probatoria del demandado debía enfocarse en la prueba de la ausencia de subordinación del demandante, es decir, que este fue autónomo e independiente en la ejecución del contrato, todo ello de cara al principio de la realidad sobre las formas, que impone determinar, más allá de las formalidades aparentes, si materialmente se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo.

Así las cosas la certificación expedida por el demandado (fl 161 y 162) resulta ser insuficiente para desvirtuar el elemento de la subordinación, y ante insuficiencia probatoria, no queda otro

camino que **CONFIRMAR** que entre las partes lo que existió fue un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

DE LAS SANCIONES MORATORIAS

Para resolver el punto de inconformidad de la activa debe evaluarse si hubo mala fe del empleador en la ejecución del contrato que sostuvo con el demandante, pues se afirma por el apelante que la demandada siempre tuvo la intención de ocultar la verdadera relación laboral que los unía.

Evaluated el material probatorio, la Sala contrario a lo expuesto por el recurrente comparte la decisión absolutoria que al respecto impartió el A Quo, al concluir que en el transcurso de la relación laboral el empleador obró con la convicción de estar frente a un contrato de prestación de servicios; en efecto, en el plenario se acreditó que el accionante presentaba cuentas de cobro así como adjuntaba los correspondientes aportes a seguridad social; en igual sentido, el testigo José Heliberto Jiménez Aguilar dio cuenta que el señor Javier Rivera, trabajador de APPLEX AMÉRICAS S.A.S. coordinaba las operaciones del accionante en las instalaciones de la empresa cliente sin que se lograra determinar fehacientemente que el actor estaba sometidos a horarios de trabajo, a cumplir órdenes, y que fuera objeto del poder disciplinario de su empleador, pues como se ha dicho a lo largo de la providencia, la condena no se impone porque exista certeza que el ánimo del empleador fuera ocultar la existencia de un vínculo laboral, sino porque la actividad probatoria desarrollada por APPLEX AMÉRICAS S.A.S. no permite desvirtuar el elemento de la subordinación.

En ese orden de ideas, y dado que lo que se avizora en juicio es que la conducta del empleador estuvo orientada por la convicción de que lo que existió entre las partes fue un contrato

de prestación de servicios, se considera acertada la decisión del A Quo, y en consecuencia SE CONFIRMARÁ.

DE LA SOLIDARIDAD DE LAS BENEFICIARIAS DE LA OBRA.

Como quedó expuesto en acápite precedente de esta decisión, lo que debe observarse para determinar si existe solidaridad es si las actividades que desarrolló el trabajador son ajenas al objeto social de la empresa beneficiaria de la obra, pues de resultar extrañas no puede predicarse solidaridad; en otras palabras, las labores que desplegó el actor deben hacer parte del giro normal u ordinario de los negocios de la empresa, pues no cualquier actividad se encuentra enmarcada en tal situación, estas son actividades extrañas.

Bajo ese derrotero, procede la Sala a verificar si las labores que realizaba el demandante para ANDRITZ HYDRO LTDA. y ALFAGRES S.A. eran extrañas al giro normal u ordinario de sus negocios.

Sobre el tópico, se reitera que la labor del demandante era el de Consultor SAP ABAP-FI, cuyas funciones eran básicamente las de colaborar en la implementación y mejoras del software SAP, ello, en cumplimiento de los contratos de prestación de servicios que APPLEX AMÉRICAS S.A.S celebró con ALFAGRES S.A. y ANDRITZ HYDRO LTDA.

Por su parte, el objeto social de ALFAGRES S.A. es la producción, transformación, exportación, comercialización y mercadeo de todo tipo de pisos, enchapes, pinturas, acabados y decoraciones para construcción; la exploración, explotación, extracción, transformación, procesamiento y comercialización de todo tipo de gredas, arcillas y arenas, sus derivados; fabricación, transformación, procesamiento, adquisición, y enajenación de materia prima, productos básicos, y productos propios de la

industria artesanal o de alfarería; entre otras, similares (fls. 21 a 30).

Así mismo, el objeto social de ANDRITZ HYDRO LTDA. gira entorno a la prestación de servicios de diseño, ingeniería de detalle, gerenciamiento de proyectos, consultoría, asesoría, asistencia técnica, instalación, operación, explotación, supervisión, mantenimiento, modernización, reparación, rehabilitación, construcción de obras civiles, montajes, pruebas y puesta en servicios de plantas de generación, subestaciones eléctricas, líneas de transmisión, instalaciones industriales, ente otras similares con el comercio de maquinaria y equipos, e ingeniera en actividades del sector hidroeléctrico y de la industria de alimentos de animales.

Por tanto, salta a la vista que las labores de implementación y mejoras del software SAP son extrañas al objeto social de las demandadas ALFAGRES S.A. y ANDRITZ HYDRO LTDA., pues conforme explicó el mismo accionante al rendir interrogatorio de parte, este software está dirigido al manejo de facturación y contabilidad financiera, lo que nada tiene que ver con el giro normal y ordinario de los negocios de cada una de las empresas aludidas.

Conforme lo hasta aquí expuesto, la Sala acompaña la decisión del A Quo en este aspecto, y en consecuencia SE CONFIRMARÁ, aclarándose en todo caso, al resultar ser el empleador APPLEX AMÉRICAS S.A.S., que este era el que debía estar al tanto del pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social de sus trabajadores, quedando eximido de estas responsabilidades ALFAGRES S.A. y ANDRITZ HYDRO LTDA., dado que no resultan solidariamente responsables al no evidenciar objetos similares o conexos a los del contratista (empleador)

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Demandante: **GUSTAVO ADOLFO BARRERA SÁNCHEZ.**

Demandado: **APPLEX AMÉRICAS S.A.S., y otros.**

VI. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

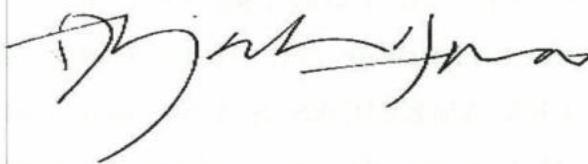
R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

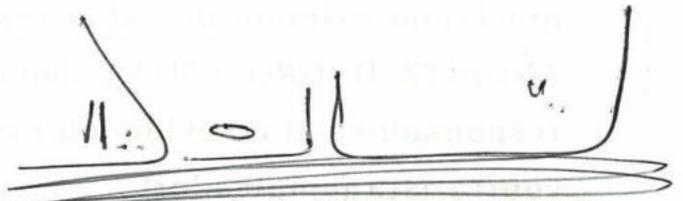
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a surtir en favor del demandante, el Grado Jurisdiccional de la Consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **CESAR AUGUSTO LONDOÑO QUIÑONEZ** promoviese contra **DICOMAN INGENIERÍA S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 06 de enero de 2015 al 30 de junio de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios,

vacaciones, indemnización moratoria, indexación, aportes a pensión, y sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Inició labores al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 06 de enero de 2015, para desempeñar el cargo de Técnico de Obras; **2)** Prestó sus servicios de forma personal, estuvo bajo continua subordinación, y dependencia, atendiendo órdenes de su empleador; **3)** Cumplió horario de trabajo en turnos de 8:00 A.M. a 5:00 P.M., y de 8:00 P.M. a 6:00 A.M., de lunes a sábado; **4)** Devengó como salario la suma de \$1'700.000; y **5)** El empleador no pagó las acreencias laborales que pretende, así como tampoco fue afiliado a seguridad social.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

DICONAM INGENIERÍA S.A. (medio óptico de folio 79), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de extremos temporales, temeridad y mala fe, y prescripción.

Negó todos los hechos de la demanda. Adujo que el demandante se contrató como contratista independiente para trabajos específicos, de modo que, únicamente se le llamaba cuando se le necesitaba; que los ayudantes del actor eran remunerados directamente por él; que el actor manejaba su propio horario, no siendo objeto de conocimiento de la empresa y hora de entrada y de salida; que las constancias expedidas a favor del actor sólo dan cuenta de su calidad de contratista independiente; y que de llegarse a establecer la existencia de una

relación laboral, no es dable determinar los extremos temporales, pues la prestación de servicios del actor fue interrumpida.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de abril de 2021 dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, al evaluar la prueba arrojada al plenario concluyó el fallador de primer grado, que no se acreditaron los elementos del contrato de trabajo, por cuanto en primer lugar, del análisis de la testimonial- que indicó fue efectuado con mayor rigurosidad, como quiera que son trabajadores de la empresa sin, encontrar en sus versiones el ánimo de favorecer a alguien-; así como de los correos electrónicos allegados al plenario resultaba posible establecer que el demandante negociaba los términos de los contratos que le eran asignados en aspectos tales como, cantidad, precio, valor, e inclusive, manifestaba a la sociedad demandada, la posibilidad de que le fuera asignada una obra; y que aunado a lo anterior, de los correos electrónicos aludidos, se desprende que el actor asignaba a terceros su labor, así como contrataba personal para ejecutar obras por su cuenta. En el análisis también concluyó, que la contratación fue esporádica e impersonal y que ello se reafirma con los testimonios, quienes dieron cuenta de la independencia y autonomía del actor al señalar que éste los llamaba cuando tenía algún trabajo; que en el registro de los pagos realizados al banco Davivienda, se observa que el accionante nunca recibió permanentemente una suma de dinero por concepto de salario; y que las certificaciones laborales quedaron desvirtuadas teniendo en cuenta el acervo probatorio aludido, especialmente, con el histórico de pago del banco referido y las cuentas de cobro, lo que se denota que nunca recibió ninguna suma periódica por concepto de salario.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Posteriormente se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por éstas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si deviene la relación contractual existente entre las partes en un contrato de trabajo.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el **principio de la realidad sobre las formas** consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la

realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En igual sentido, se hace necesario recordar en relación con las **certificaciones** emitidas por el empleador, que en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia 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”*; y que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017; y SL2600-2018). En la primera de las sentencias aludidas, manifestó:

“Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:

El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, 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 patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral”.

DEL CASO EN CONCRETO.

Lo primero por advertir es que, en el proceso quedó debidamente acreditada la prestación de servicios por parte del demandante a favor de la demandada, a dicha conclusión se arriba no solo de lo contestado por la pasiva al responder la demanda, sino además de los documentos que dan cuenta de diversos servicios en obras civiles a favor de la demandada entre el 11 de marzo de 2017 y el 30 de junio de 2019 (fls. 26 a 29 de archivo DICOMAN 1.pdf obrante en el medio óptico de folio 78), razones por las que se activó a favor del demandante la presunción establecida en el Art. 24 del C.S.T., y que conllevan a que deba presumirse que la relación entre las partes estuvo regida por un contrato de trabajo.

Conteste con lo anterior, le corresponde al demandado derruir dicha presunción acreditando que la prestación del servicio fue autónoma e independiente.

Pues bien. En el análisis de la prueba recaudada, se avizoran en primer lugar, dos certificaciones expedidas por el demandado los días 09 de junio de 2017 y el 25 de julio de 2018, en las que la pasiva señaló que el actor se encontraba vinculado laboralmente como Técnico en Obras Civiles, mediante contrato

de trabajo a término indefinido desde el 06 de enero de 2015 y que devengaba \$1'700.000 (fls. 14 y 15). Lo hasta aquí descrito impone, conforme lo enseña nuestra jurisprudencia, (SL14426-2014, SL6621-2017, y SL2600-2018), que dichos hechos consignados en estas certificaciones deben reputarse como ciertos, siendo carga del empleador desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida.

Al respecto, se tiene que, a folios 74 y 75, se incorporó oficiosamente el histórico de pagos de Davivienda, documental que da cuenta que, entre el 11 de marzo de 2017 y el 04 de julio de 2017, al accionante, se le efectuaron pagos por parte de la demandada sobre valores variables, y nunca sobre una suma constante, como la que se estableció en las certificaciones objeto de estudio (\$1'700.000).

De otro lado se encuentra, a folios 26 a 29 de archivo DICOMAN 1.pdf obrante en el medio óptico de folio 78, que la contadora de la empresa, Sandra Rocío Plazas García, informó todos los servicios ejecutados por el demandante que aparecían en los registros contables de la empresa, estableciendo que se pagaron diferentes valores por conceptos tales como, *trabajos varios, trabajos Colsubsidio, instalación lavamanos, reparaciones colegio Colsubsidio, revisión y desmontaje de calentador, limpieza de ventanas, revisión tablero eléctrico, arreglo instalación de cortina, pintura de gabinete, limpieza de bujías, limpieza y desmanchado, refuerzo de ventanas*, entre otros similares.

De esta manera, se avizora que, además del pago de una suma que nunca fue fija, que los servicios se prestaban de manera esporádica, lo que encuentra respaldo no solo en las cuentas de cobro que el accionante presentó a la demandada por cada servicio que prestaba, en las que informó servicios, materiales, y costos (folios 53 a 171 del archivo DICOMAN 1.pdf obrante en el medio óptico de folio 78), sino además, en los diferentes correos electrónicos obrantes a folios 30 a 52 del

archivo DICOMAN 1.pdf obrante en el medio óptico de folio 78, en los que se denota que la labor no era de carácter permanente, que el demandante contrataba su propio personal, que otra persona podía ejecutar las labores que le eran asignadas, y que intervenía en el proceso de adjudicación de la obra a su servicio, señalando costos, medidas, calidad del productos, etc.

En efecto, en la documental encontramos que el actor manifestaba: *“ingé me sacaron del llavero nada de trabajito para mí”*; *“Sr buenos días Sr quería saber si no va a haber más trabajo para ponerme a buscar por otro lado”*; *“Señor buenos días usted revisó las cuentas o nos encontramos y cuadramos necesito (sic) darle plata a los muchachos gracias”*; *“Señor que pena los muchachos necesitan dinero y yo también por fa para cuadrar esos precios y me puede regalar el precio de la placa”*; y *“señor mire este sería mi precio; sea donde sea, sea donde sea, porque o sea, me puse a tirar número”*; en igual sentido, se encuentra que cuando la demandada requería de los servicios del actor, los términos eran los siguientes: *“Necesito un favor le echés cabeza al tema de Cruz Verde; cual sería tu número, cuál sería tu número a todo costo para ver si te puedo incluir dentro de las construcciones a nivel fuera de Bogotá, cuál sería ese número en el que tú vas con tu gente, asumes tus viáticos; y asumes lo que son hoteles y comida”*, expresiones de las que se infiere que el trabajo del actor era esporádico y autónomo, pues dependía de su disponibilidad, de su gente, y del precio que determinarían las partes por cada trabajo, teniendo en cuenta, mano de obra, y lugar donde sería ejecutado el servicio.

En igual sentido, compareció a rendir testimonio **Johnny Espitia Beltrán, Yair Antonio Morales Bobadilla, Sandra Rocío Plazas García, Andrés Ospina Suárez, y Juan Manuel Ángel Guerrero**, quienes manifestaron frente a la forma como el actor prestaba sus servicios:

Johnny Espitia Beltrán dijo que la labor del actor dependía del lugar donde se iba a prestar un servicio de mantenimiento, como fugas de agua, construcción de muros, y pintura; que cuando no había labores esperaba el llamado de la empresa, y ellos les asignaban las tareas disponibles que hubiese en el momento y pues cuando no había, no los nos llamaban; que esas llamadas las esperaban en casa; que el demandante muchas veces lo llamó para que fuera su ayudante; y que firmaban cuentas de cobro para que les pagaran.

Por su parte, **Yair Antonio Morales Bobadilla** manifestó que le colaboró por un tiempo al actor, de forma esporádica, especialmente cuando tenía obras grandes; que cuando trabajaba con el demandante, él le facturaba y le cancelaba; que le parecía que el actor tenía un contrato fijo; y que en ocasiones el accionante debía dirigirse a otros proyectos, y los dejaba solos.

Sandra Rocío Plazas García informó en su calidad de contadora independiente que según registros contables, el actor no recibía una cuota mensual, se recibían en forma variada, según las cuentas de cada mes, en las que se señalaban el trabajo que él realizaba y su valor puntual; y que como asesora externa recibía las cuentas de cobro de las diferentes personas que prestan los servicios, y éstos hacen un trabajo muy puntual y nada más.

Andrés Ospina Suárez señaló que en el año 2017, el actor solicitó obras contratista independiente, lo que ejecutó de forma independiente hasta junio del 2019; que al actor se le contrataba para actividades específicas, se le mostraba la obra que había que hacer, él la revisaba, y pasaba una cotización, y con esta información se determinaba si procedían a contratarlo dependiendo de precios que se manejaba comercialmente; que no hubo continuidad en el trabajo del actor; que muchas veces los contratistas le pedían favores para préstamos, y de buena fe las emitió; que de forma telefónica llamaban al actor sobre su

disponibilidad y él se ausentaba y él a veces les informaba que no tenía; que en la llamada le decían a groso modo cual era el trabajo, se le pagaba la visita, y cuando ejecutaba el trabajo, éste llevaba su gente, herramientas, y la empresa aportaba el material.

Finalmente, **Juan Manuel Ángel Guerrero** adujo que el actor realizaba trabajos como contratista en obra civil; que el servicio del actor era esporádico y que no había ningún horario, a menos que se lo estableciera el cliente; que el actor tenía trabajadores que contrataba él; y que la asignación de obras dependía de quien fuera el mejor ofertante.

En el análisis de los testimonios debe señalarse que sus declaraciones fueron estudiadas conforme al principio de la libre formación del convencimiento establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S.; y que los que testigos que fueron objeto de tacha, esto es, Sandra Rocío Plazas García, Andrés Ospina Suárez, y Juan Manuel Ángel Guerrero, en consideración de la Sala no incurrieron en contradicción ni tuvieron el ánimo de beneficiar a alguna parte, y por el contrario resultaron coincidentes en lo que interesa al proceso, con los testigos de la parte actora, Johnny Espitia Beltrán, y Yair Antonio Morales Bobadilla, por lo que, si bien se estudiaron con mayor rigurosidad a juicio de la Sala resultaron verídicos.

Así las cosas, considera la Sala que el empleador a través de diversos medios probatorios, logró derruir la presunción configurada a favor del demandante, pues se acreditó que la prestación de servicios fue independiente y autónoma, así como logró desvirtuar lo que consignó en las certificaciones del 09 de junio de 2017 y 25 de julio de 2018, pues de un análisis integral de la prueba documental y testimonial, es dable establecer que los servicios que prestó el actor al servicio de la demandada era esporádica, y que, en todo caso, dependía de las ofertas que éste realizara frente a una obra que le fuera requerida a la

demandada, que el actor podía contratar a su propio equipo de trabajo, que éstos podían reemplazarlo en las obras que le fueran asignadas, y que el horario de trabajo no era impuesto por la empresa demandada sino que eventualmente los clientes podían otorgar horarios de entrada y salida.

Igualmente, no se observa que el accionante prestara servicio desde enero de 2015, pues de la documental y de los testigos comparecientes es posible establecer que participó en obras desde marzo de 2017, por demás que a folio 31 se encuentra certificación del Instituto Distrital de las Artes-IDARTES, que da cuenta que el demandante prestó servicios de apoyo a la gestión de la Subdirección de Artes, del 29 de enero al 30 de diciembre de 2016.

En síntesis, y conforme ya se advirtió en precedencia, si bien el trabajador logró acreditar que prestó sus servicios al demandado, también lo es, que con el material probatorio recaudado, la Sala concluye que el empleador logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, por cuanto resulta clara la ausencia de subordinación en el vínculo celebrado entre las partes, así como el contenido de las certificaciones de folios 14 y 15, por lo que, la relación contractual que rigió a las partes fue una diferente de una de índole laboral.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR**

**DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA
DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

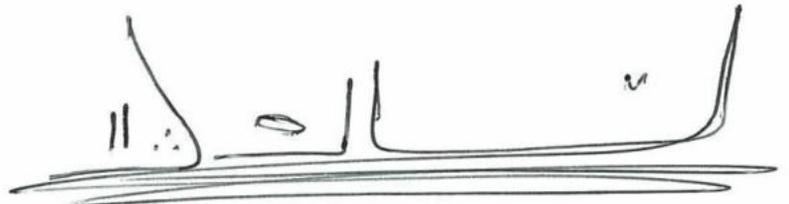
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO** promoviese contra el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el pago de una pensión sanción, intereses moratorios, e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó:
1) Laboró como trabajador oficial de la Empresa de Servicios Públicos EDIS por más de 10 años; **2)** Fue despedido de forma legal, pero injusta; **3)** El FONCEP asumió las obligaciones pensionales de la EDIS; **4)** Agotó vía gubernativa, y la demandada respondió de forma negativa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

FONCEP (fls. 32 a 45), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, oposición al pago de mesadas adicionales e intereses moratorios, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, incompatibilidad de la pensión sanción y de la pensión de jubilación, y la genérica.

Indicó que no es cierto que el despido del actor hubiere sido sin justa causa, ya que obedeció a la liquidación de la EDIS; que el último fondo donde estuvo cotizando el actor fue Colpensiones, por lo que, es ésta la responsable de su situación pensional, por demás que nadie puede devengar una doble asignación del erario público; que los intereses moratorios no son procedentes frente a pensiones no contempladas en la Ley 100 de 1993; y que los factores salariales se ven afectados por el fenómeno prescriptivo, de manera que, no es dable reconocer la prestación cuando tales factores se extinguieron.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de octubre de 2020, en la que **accedió** a las pretensiones de la demanda, condenando a la parte demandada a reconocer y pagar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

al demandante la pensión sanción en cuantía de \$782.242, a partir del 25 de abril de 2018, así como al pago de a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 27 de octubre de 2018 a la tasa máxima legal, que hipotéticamente se liquidan y corresponden a la suma de \$6'580.712,67.

En síntesis, refirió que el accionante laboró con la EDIS mediante contrato de trabajo, por lo que ostentaba la condición de trabajador oficial; que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia para el caso del actor, el 30 de junio de 1995, al ser un trabajador del orden distrital; que la liquidación de una entidad no es justa causa para dar por terminado el contrato, por lo que, al demostrarse más de 10 años de servicios procede el reconocimiento de la pensión sanción; que la edad de disfrute se cumplió el 10 de abril de 2018; que el valor de la mesada pensional a reconocer es proporcional al tiempo laborado por parte del actor, el cual fue del 02 de febrero de 1981 al 28 de septiembre de 1992, teniéndose como tasa de reemplazo el 44,33%; que es necesario indexar la primera mesada pensional del accionante, por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, quedando el I.B.L. en \$999.310,74; que al aplicarse la tasa de reemplazo el valor de la mesada es inferior al salario mínimo legal, por lo que se impondrá este; que hay lugar a intereses moratorios, teniendo en cuenta que el nuevo criterio de la Corte Suprema de Justicia es reconocerlos en este tipo de prestaciones; y que no operó la excepción de prescripción, ya que, la primera mesada pensional data del 10 de abril de 2018, y la demanda se presentó el 06 de julio de 2018, sin que transcurrieran tres años entre ambas fechas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

El **FONCEP** señaló que el demandante laboró entre el 02 de febrero de 1981 al 28 de septiembre de 1992, con una interrupción de seis días, esto es, 11 años, 7 meses, 20 días, por lo que el porcentaje a tener en cuenta es un 43,64%; que los factores salariales que debió observar el juzgador eran los del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

Decreto 1045 de 1978 y en el Decreto 3135 de 1968; que no se probó la justa causa del despido, pues la relación laboral terminó de manera justa; que no hay lugar a intereses moratorios, ya que, estos únicamente es dable reconocerlo frente a pensiones reconocidas con la Ley 100 de 1993, no a prestaciones causadas con anterioridad; y que el monto de las condenas es inferior al reconocido por el A Quo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Así mismo y en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada del FONCEP, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** a resolver, se circunscriben a determinar si la terminación del contrato de trabajo en razón de la liquidación de la entidad empleadora del demandante resulta ser una justa causa de despido, todo ello en aras a establecer si hay lugar a reconocer pensión sanción; si se liquidó en debida forma la prestación, en consideración al tiempo laborado, y factores salariales; y si hay lugar a reconocer intereses moratorios.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

PENSIÓN SANCIÓN.

Frente al particular, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 establece que el trabajador que sea despedido sin justa causa después de 10 años de servicios tendrá derecho a la pensión; que ésta se paga cuando el trabajador cumpla los 60 años de edad; que la cuantía es directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del C.S.T.; y que se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. La norma en comento expresamente establece:

“Artículo 8°. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

(...) 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 necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial”.

Frente al cumplimiento de la edad exigida en dicha norma, debe recordarse que ello se torna simplemente en un requisito de exigibilidad del derecho, tal como lo subrayó el *A quo*, y ha sido

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL13284-2014, SL6446-2015, SL019-2022, por mencionar algunas; en esta última se dijo:

“En ese orden, debe memorarse que esta Sala de la Corte, en innumerables providencias ha indicado que, cuando se trata de determinar el acceso a una pensión, la regla general es que, la norma aplicable es la vigente al momento en que se causa el derecho; y en el evento de las pensiones restringidas de jubilación por retiro voluntario, las mismas se consolidan cuando se acrediten los requisitos concernientes al tiempo de servicios y el retiro, en tanto el arribo a la edad solo constituye una condición que permite su exigibilidad (Ver sentencia CSJ SL12422-2017)”.

Por otra parte, se destaca que según lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, sea la originada con el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, no fueron derogadas ni remplazadas por la de vejez que asumió el I.S.S. conforme a la Ley 90 de 1946, puesto que constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador, de modo que puede estructurarse hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Lo dicho, por la potísima razón de que la prestación restringida de jubilación contiene un carácter subjetivo, el cual clama por la estabilidad laboral de los trabajadores y que sanciona al empleador que los despide, luego de una cantidad considerable de años de servicios, por lo que resulta claro que no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez, y así fue recientemente reiterado y precisado en sentencia SL4374-2020 reiterada en la SL5268-2021, en las que se señaló:

“Así lo ha adoctrinado esta Corporación, entre otras razones porque esta prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus colaboradores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se enervaba el nacimiento pleno de sus derechos pensionales.

(...) Paralelamente, es oportuno recordar que la causación de la pensión restringida de jubilación puede estructurarse, hasta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, con la observancia del tiempo mínimo de servicios y de la causa del retiro conforme lo previsto en la Ley 171 de 1961”.

Del mismo modo, es necesario resaltar que en diversos pronunciamientos de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha dicho que la liquidación de una entidad es causa legal de terminación de un contrato de trabajo, pero no una justa causa para su finiquito. Al respecto, en sentencia SL3286-2021 se dijo:

“Ahora bien, ha sido posición reiterada de la Sala, que pese a ser legal la terminación del contrato de trabajadores oficiales por la clausura o liquidación de una entidad estatal, ello no implica que esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está establecido en el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945.

La sentencia CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 43897, reiterada en CSJ SL10992-2014, SL5052-2014, CSJ SL9951-2014, CSJ SL1042-2015 y SL13593-2015 señaló:

“Debe la Sala reiterar que, pese a ser legal el despido de trabajadores oficiales por la clausura o liquidación de una entidad estatal, esa calificación no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el D. 2127/1945, Art. 48, como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo»; sin que exista razón que amerite variar este criterio.

Sobre el particular, la Sala en sentencia CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 43897, reiterada en CSJ SL10992-2014, SL5052-2014 y CSJ SL9951-2014, señaló:

Ciertamente el tema de la supresión de cargos con ocasión de la denominada modernización del Estado, como lo acota la parte replicante, ha sido definido por la Corte en el sentido de considerar que la desvinculación contractual del trabajador puede ser legal pero no constituye justa causa. Así se encuentra dicho:

Frente a lo anterior, se tiene que no obstante que el ad-quem admitió que el contrato de trabajo que unió a las partes finalizó ‘por una causa legal’ y que ‘no es justa causa’, concluyó que, dadas las condiciones sui géneris creadas por la señalada disposición transitoria de la Constitución y las normas que la desarrollan, no debían aplicarse en este caso los preceptos legales y convencionales reguladores de la desvinculación sin justa causa.

Sobre esta forma de finalización del vínculo contractual laboral, ya ha tenido oportunidad la Corte de manifestarse al examinar otros casos análogos, para cuya definición ha memorado innumerables pronunciamientos en los cuales ha hecho clara

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

diferenciación entre el despido autorizado legalmente y el despido con justa causa, haciendo ver que no siempre el primero obedece a uno de esos determinados motivos específicos que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denominan 'justas causas', como son, en tratándose del trabajador oficial, las que establecen los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945 y no otras, porque a los demás modos de terminación del contrato de trabajo no les da la ley esa forma de denominación.

Como en los casos anteriores debe la Sala advertir, según lo que viene de expresarse, que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que opera por decisión unilateral del empleador con autorización legal, distinto al previsto por una de las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 establece los modos de finalización del vínculo laboral, y para el sub-examine los Decretos 2138 de 1992 y 619 de 1993 permitieron la supresión del cargo y consiguiente desvinculación, únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, las consagradas en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto 2127, aludidas también en el literal g) del citado artículo 47.

Ya la Corte, en procesos similares, ha interpretado que el propósito, entre otros, del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, es el de reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Empresas de Economía Mixta del Orden Nacional, pero ello no significa que la normatividad producida para ese efecto haya derogado, para los trabajadores vinculados a la correspondiente actividad económica, el régimen común de indemnizaciones laborales dentro del cual se encuentra, incluso, la pensión proporcional de jubilación".

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente y por ende no son objeto de controversia los siguientes hechos: **i)** el nacimiento de señor Campo Elías Herrera Huérfano el 25 de abril de 1958 (fls. 7 a 10); **ii)** la prestación de servicios por parte del actor, al servicio de la demandada Empresa Distrital de Servicios Públicos- EDIS del 02 de febrero de 1981 al 28 de septiembre de 1992, teniendo seis días de interrupción, esto es, 4191 días (fls. 7 a 10); **iii)** la terminación del contrato de trabajo del demandante por parte de la demandada el día 28 de septiembre de 1992 argumentándose la liquidación de la EDIS (fl.33) ; **iv)** la solicitud por parte del demandante el 25 de junio de 2018 de una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

pensión restringida de jubilación, que le fue negada mediante Resolución SPE-GDP 0885 del 10 de julio de 2018 (fls. 21 a 26); y finalmente que **v)** que el accionante cotizó en Colpensiones 488,57 semanas (fls. 68 a 71).

Teniendo en cuenta los hechos probados en el plenario así como la prueba recaudada al interior del mismo, lo primero por recordar es que al momento de contestarse la demanda se señaló por la pasiva, que la terminación del contrato de trabajo del accionante obedeció a la liquidación de la EDIS, lo que constituye una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, en la medida que desapareció la entidad (fl.33); no obstante, y como quedó visto según el recuento jurisprudencial efectuado, la liquidación de una entidad es causa legal de terminación de un contrato de trabajo, pero no una justa causa, por lo que en tal entendido, debe concluirse que, al acreditar el actor más de 10 años de servicios a órdenes de la demandada, y la mencionada causal de terminación del contrato de trabajo este resulta ser acreedor de la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961.

Así las cosas, y dado que el accionante nació el 25 de abril de 1958, cumplió la edad de 60 años, el mismo día y mes de 2018, a partir de tal fecha se debió efectuar el reconocimiento prestacional, tal y como fue advertido por el A Quo. Por tanto, se procederá a verificar el monto de la pensión.

MONTO DE LA PENSIÓN.

No existe controversia en cuanto al I.B.L. tenido en cuenta por el A Quo, el que se fijó en la suma de \$999.310,74, no siendo así con el porcentaje que se aplicó en virtud a que el juzgador de primera instancia si bien tuvo en cuenta como tiempo de servicios, los correspondientes del 02 de febrero de 1981 al 28 de septiembre de 1992 (4191 días), no se percató de los seis días de interrupción acreditados en el plenario.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

Así las cosas, la tasa de reemplazo proporcional a los días laborados es del **43,66%** ($4191 \times 75\%/7200$), tasa inferior a la que tuvo en cuenta el juzgador de primera instancia, de manera que reliquidando la primera mesada pensional con esta tasa de reemplazo, se tiene que la primera mesada pensional equivaldría a \$436.299, valor que es inferior al salario mínimo legal de 2018, que lo fue de \$781.242, por lo que es esta suma la que se debe reconocer por concepto de mesada pensional; escenario en el que la decisión del juez de primera instancia es acertada, pues la mesada que impuso fue sobre el mínimo legal, por lo que, en tal sentido la sentencia SE CONFIRMARÁ.

INTERESES MORATORIOS.

La Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado de manera reiterada, uniforme y pacífica que los intereses moratorios recaen única y exclusivamente en pensiones que hacen parte del régimen de prima media, criterio que extendió recientemente únicamente a las pensiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, (SL1680-2020), no obstante, la Ley 171 de 1961 no hace parte de ninguna de las anteriores, por lo que no resulta procedente su aplicación. En sentencia SL1021-2021 dijo:

“El demandante, en su escrito inicial, también pretende el reconocimiento y pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; frente ello debe recordarse que, tratándose de la pensión sanción se consolida cuando se acrediten los requisitos concernientes al tiempo de servicios y el retiro, que en este caso corresponde a diciembre de 1993, por lo que, además de que no son precedentes dada la data de causación, al no estar vigente la normativa invocada, lo cierto es que, dicha figura solo opera respecto de pensiones concedidas bajo el estatuto pensional y, la prevista en la Ley 171 de 1961 no se ubica en dicho compendio”

En igual sentido, en sentencia SL3286-2021 dijo frente a un caso de similares connotaciones:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

“La condena a intereses moratorios sobre mesadas causadas es improcedente, pues la prestación no se causa en vigencia de la Ley 100 de 1993, ni es de las que allí se tratan, empero, se procederá a su indexación, ésta por valor de \$5.051.299,23, pues, según la posición actual de la Sala, el juez tiene la facultad de imponerla a las condenas, de manera oficiosa, pues tal corrección monetaria pretende impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario, en procura de que la obligación se satisfaga de manera completa e integral (CSJ SL359-2021, CSJ SL1021-2021 y CSJ SL 815-2021). (...)”

Por tanto, se **REVOCARÁ el numeral segundo** de la sentencia, y en su lugar, se impondrá que las mesadas adeudadas se reconozcan debidamente indexadas, pues en todo caso, estas se han visto sometidas a devaluación por la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán adecuar teniendo en cuenta la revocatoria proferida en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR el numeral segundo** de la sentencia de origen y fecha conocidos. En su lugar, se **CONDENA** al FONCEP a reconocer a favor de CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO las mesadas causadas a partir del 25 de abril de 2018 **debidamente indexadas,** conforme lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00429 -01.

Demandante: **CAMPO ELÍAS HERRERA HUÉRFANO.**

Demandado: **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE
CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.**

SEGUNDO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia

TERCERO. -. Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán adecuar teniendo en cuenta la revocatoria proferida en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

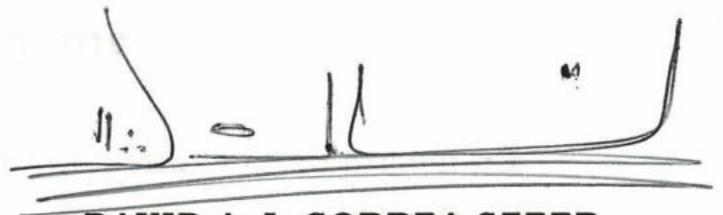
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A., y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de efectuado por la demandante el día 1° de octubre de 1995 del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) administrado en su momento por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros y bonos pensionales; y a esta última, a recibir a la accionante, sin solución de continuidad.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 19 de julio de 1965; **2)** Se afilió al sistema general de pensiones con el ISS el 03 de septiembre de 1984; **3)** El 1° de octubre de 1995 se trasladó al RAIS a través de Protección S.A.; **4)** Su decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de Protección S.A., por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntariedad; **5)** El fondo privado no le suministró información al momento del traslado; **6)** Ha cotizado un total de 1451.71 semanas al sistema general de pensiones; **7)** Protección no le informó, antes del 19 de julio de 2012, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión; **8)** Los días 17 y 24 de agosto

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

de 2017 solicitó ante Protección S.A. y Colpensiones, respectivamente, su traslado de régimen pensional.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 59 a 71), se opuso a las pretensiones de la acción, proponiendo como excepciones de fondo las de: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Indicó que, del análisis del escrito de la demanda, se colige que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo que demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y que la elección de régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Expuso que la Corte Constitucional ha dejado claramente establecido que las únicas personas amparadas por el régimen de transición que quieren retornar en cualquier tiempo al RPM con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas establecidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, son aquellas que tengan 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Concluyó diciendo que, cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrita, pues se ha superado el plazo de tres años previsto en el artículo 151 del CPTSS o de 4 años previsto en el artículo 1750 del Código Civil.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 87 a 124), se opuso a las pretensiones de la acción y propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada.

Adujo que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resaltó que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Indicó que, tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de la afiliación, pues Protección S.A. jamás ha ejercido ni ejerce, ni ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a esta AFP, y nunca ha atentado contra el derecho de la demandante a la selección libre, voluntaria y espontánea del organismo de seguridad social al que quiso pertenecer, acorde a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que, tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFP con base en normas inexistentes al momento del traslado del demandante.

Finalmente, indicó que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La **a quo** dictó sentencia **condenatoria**, declarando ineficaz el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS, como consecuencia de ello, condenó a Protección S.A. a devolver a

Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la accionante, junto con sus rendimientos causados, sin que haya descuento alguno por concepto de gastos de administración; así mismo, condenó a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Para fundamentar su decisión adujo, en síntesis, que en el presente asunto Protección S.A. no cumplió con el deber de información vigente para el año 1995, es decir, no le explicó a la demandante las características propias de dicho régimen, las modalidades de pensión, qué circunstancias se tienen en cuenta para el reconocimiento y pago de la mesada pensional que obtendría, qué sucedería de no poder acumular el capital necesario para pensionarse, entre otros aspectos, ni mucho menos las diferencias del RAIS con el RPM.

Indicó que, si bien la demandante, después del año 1995 no ha realizado ninguna acción tendiente a verificar su futuro pensional, ello no es óbice para no declarar la ineficacia del traslado, máxime cuando en el año 1995 tampoco se le informó que sería una consumidora financiera y que era su obligación acudir al fondo de pensiones para verificar sus cotizaciones.

Así las cosas, dijo, como quiera que, quien tenía la carga de la prueba era el fondo de pensiones Protección S.A. y este no logró acreditar que para el año 1995 le haya brindado a la demandante la información clara y suficiente, oportuna y veraz respecto de las características propias del RAIS, las pretensiones de la demandante resultaban avantes.

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

Precisó que los descuentos por conceptos de gastos de administración y seguros previsionales se realizaron teniendo en cuenta las disposiciones legales válidas, vigentes y exigibles para la fecha del traslado, y se trata de comisiones ya pagadas y encausadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, la cual, ha sido administrada de manera correcta y oportuna, lo que ha generado unos rendimientos significativos a lo largo del tiempo que ha sido administrada por Protección S.A. durante 25 años, lo que ha hecho que el patrimonio de la demandante haya aumentado ostensiblemente, ya que los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la accionante oscilan entre el 90% y 92% respecto a los depósitos de la cuenta, con lo que se demuestra la oportuna administración de esos dineros.

Expuso que, no deben causarse los gastos de administración a favor de la accionante, ya que, devolver esos dineros con cargo al patrimonio de Protección S.A. genera un detrimento patrimonial en contra de esta y un enriquecimiento sin causa a favor de la accionante y Colpensiones.

Frente al seguro provisional, indicó que este es un dinero que ya se causó y se encausó, por lo que, cuando la sentencia ordena su devolución, para esa entidad solo es posible devolver lo que tiene dentro de su patrimonio y esos dineros ya fueron pagados y encausados a terceros de buena fe, pues la aseguradora ya recibió los recursos y aseguró a los posibles siniestros.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego, por auto del 12 del mismo mes y año, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por Colpensiones para reiterar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la

noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su

consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...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

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

(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.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios

a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por el ISS, el día 03/09/1984 (fl 12 y 71); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 27/09/1995 a través de la A.F.P Protección S.A (fl 103 y 111); y **iii)** los días 17 y 24 de agosto de 2018 (fl. 15 y 18) solicitó a Protección y Colpensiones, respectivamente, traslado de nuevo al R.P.M.P.D, petición que le fue negada.

Pues bien, sea lo primero recordar es que, conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, no existe tarifa legal de prueba, la pasiva podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio, pues, de un lado en su interrogatorio de parte la actora no confesó hechos que favorezcan a su contraparte pues manifestó que no recibió una asesoría por parte la administradora de pensiones, y por otro lado, de la documental arrimada, ninguna da cuenta del

cumplimiento de la obligación de información suficientemente satisfecha a cargo de la demandada, especialmente cuando ni siquiera se allega el formulario de afiliación con la AFP Protección S.A., el cual fue el que trasladó de régimen a la actora.

Frente al tema del formulario de afiliación, ha de memorarse que en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹, por lo que no bastaba con allegarse dicha documental o que este se hubiera firmado de manera voluntaria, pues esta documental no basta para demostrar el cumplimiento del deber de información en los términos expuestos por el órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho la mentada Corporación, el deber de información existe desde la fundación de las AFP, por lo que para el año de 1995, fecha de afiliación de la actora las AFP ostentaban tal obligación.

Por lo antes expuesto, al no demostrarse por parte de Protección S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se

encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Frente a la inconformidad de la demandada apelante Protección S.A. respecto de la orden de devolución de los gastos

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ha de indicar la Sala que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema 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.

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales,

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP

deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado, en aras de superar la depreciación lógica del tiempo.

En cuanto a una posible afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, debe indicarse que ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

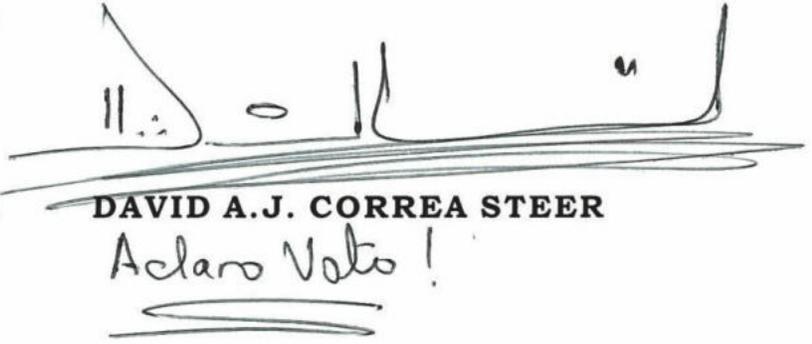
Código Único de Identificación: 11001310502620190076101

Demandante: **ALIRIA ELIZABETH CUBIDES ALFONSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Se reconoce personería a la doctora Claudia Liliana Vela, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 3368 del 2 de septiembre de 2019 y como apoderada sustituta de esta entidad a la Dra. Sandra Patricia Vargas Boada, identificada con T.P. No. 234.818 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda

de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de efectuado por la demandante el día 23 de julio de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se retrotraigan a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a afiliarse a la demandante como si nunca se hubiera trasladado, así mismo, se condene a Porvenir S.A. a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado de régimen, sobre la no devolución de los aportes a

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

pensión a esta efectuados durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Se trasladó a Porvenir S.A. el 23 de julio de 1997; **2)** El asesor comercial de Porvenir S.A. no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen, no hizo un estudio sobre su situación particular, sino solamente le ilustraron acerca de las ventajas de trasladarse al RAIS; **3)** Nació el 21 de enero de 1957 y cumplió 55 años el 21 de enero de 2012; **4)** A la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas; **5)** Porvenir S.A. le realizó una simulación pensional y proyectó su mesada pensional en la suma de \$689.455; **6)** Realizando una simulación pensional en el RPM, obtendría una mesada pensional de \$4.937.620; **7)** Tiene cotizadas un total de 1.378 semanas; **8)** El día 08 de junio de 2017, solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado efectuado a Porvenir S.A., solicitud frente a la cual no ha habido pronunciamiento alguno.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 54 a 76), se opuso a las pretensiones de la acción, proponiendo como excepciones de fondo las de: inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

Indicó que, en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Porvenir S.A., siendo su traslado totalmente válido, por lo que no es procedente declarar la ineficacia de un acto que de manera libre y voluntaria decidió realizar la accionante bajo los lineamientos constitucionales de la libre escogencia de régimen y entidad pensional.

Precisó que la demandante no logra demostrar un vicio del consentimiento, esto es error, fuerza o dolo, lesión o incapacidad al momento de suscribir el formulario de traslado con la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello no existió la nulidad que pretende hacer valer.

Adujo que al momento en que la demandante realizó su petición de traslado a Colpensiones, contaba con 60 años, encontrándose inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además, no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no puede trasladarse al RPM en cualquier tiempo.

Finalmente, expuso que, en caso de que se concluyera que le asiste razón a la demandante, la acción para la declaratoria de nulidad se encuentra prescrita.

PORVENIR S.A. (fls. 81 a 107), se opuso a las pretensiones de la acción y propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Expuso que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que lo lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

Concluyó indicando que es improcedente la solicitud de nulidad de traslado de régimen, por cuanto la afiliación de la demandante no contiene vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a Porvenir S.A., por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La **a quo** dictó sentencia **condenatoria**, declarando ineficaz el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS, como consecuencia de ello, condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; así mismo, condenó a Colpensiones a afiliarse nuevamente al RPM a la accionante y a recibir las cotizaciones provenientes de Porvenir S.A.. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Para fundamentar su decisión adujo, en síntesis, que no se demostró que Porvenir S.A. hubiese cumplido con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que le correspondía a esa entidad y no a la demandante, tal y como lo tiene sentado la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ya que no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado a la demandante sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, siendo la única prueba con la que cuenta la AFP demandada, y con la que pretende demostrar la debida información otorgada a la demandante, el formulario de afiliación por ella suscrito, documento que tiene formas previamente establecidas para todos los casos, y con el cual no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la accionante al trasladarse al RAIS.

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Adujo que Porvenir S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que además, incumplió con sus deberes de buen consejo, de asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

Precisó que la pretensión de declaratoria de ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, significa que las cosas vuelvan al estado en que se hallarían si el traslado no se hubiera efectuado, esto es, en el caso concreto, que la demandante debería volver a Cajanal, la cual era su administradora anterior al traslado, sin embargo, la Ley 1151 de 2007 dispuso la liquidación de Cajanal, hecho que ocurrió con la expedición del Decreto 2196 de 2009, por ello, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 692 de 1994, máxime cuando la pretensión de la demanda se formuló en torno a retornar al RPM, que actualmente administra sólo Colpensiones y es por esto que dicha entidad es la encargada de recibir a la demandante y activar su afiliación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó que no le era obligatorio brindar la información a la demandante, teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera materializado y válido el traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, ello de conformidad con las

disposiciones vigentes que había sobre el particular para la época del traslado, de manera que Porvenir S.A. cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la demandante en el RAIS ha sido una elección libre, voluntaria e informada, la cual, se ha ratificado en el tiempo.

Adujo que no es posible deducir que la ineficacia se da por la falta de consentimiento, por vicios en el mismo, ya que Porvenir S.A. le brindó a la accionante una asesoría oportuna en donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal y como se aprecia en el formulario de afiliación suscrito por la actora.

Precisó que, en este caso, ocurre el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática, teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes y su comportamiento dentro del RAIS no da lugar a duda de pensar que ella estuviera inconforme con dicho régimen, y por el contrario, deja ver que se encontraba conforme con este.

Refirió que no se puede aducir que Porvenir S.A. hubiere faltado a su deber de información, obligándolo a aportar documentos que para la fecha del traslado de la accionante no eran obligatorios, como una simulación pensional y demás documentos que usó la demandante, además ninguna AFP está en la obligación de brindar una información basándose en documentos, por lo que se entendía que la misma se daba de manera verbal, siendo la Ley 1748 de 2014 la que hace alusión a la obligación de hacer una proyección total de todo lo que a pensión se refiere, estableciendo la obligación de enviar

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

extractos de la cuenta de ahorro individual, sin embargo, esta norma entra en vigencia a partir del 26 de diciembre de 2014, siendo estas razones suficientes para tener en cuenta que Porvenir S.A. no está en obligación de brindar ninguna asesoría soportada en documentos, por lo que no se acredita que esta hubiese faltado a su deber de información con la demandante al momento de su traslado.

COLPENSIONES

Expuso que, si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, como es el citado por la *a quo*, este no se debe aplicar de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso concreto.

Indicó que, en el presente asunto, con lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte, se ve que ella fue negligente, pues decidió voluntariamente cambiarse de régimen, teniendo la oportunidad de trasladarse nuevamente al RPM en los términos dispuestos por la Ley 797 de 2003, esto es, antes de que le faltaran 10 años o más para arribar a la edad mínima pensional.

Adujo que, de existir el vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en el año 1997, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad ante la información brindada, por lo que a partir de esa fecha debe contarse el plazo de 4 años con el que contaba la demandante para pedir la rescisión del traslado, conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

Precisó que existió una ratificación tácita del acto, con lo que se saneó cualquier nulidad.

Solicitó tener en cuenta la postura adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, como en la sentencia proferida dentro de la actuación 2018-445 el 30 de julio de 2020, Magistrado Ponente Dr. David Correa, en la cual se indica que no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas y por ende, debe someterse a las condiciones del sistema por el cual optó.

Refirió que no se está teniendo en cuenta la afectación del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ya que, si bien se va a trasladar lo ahorrado en la cuenta individual de la demandante, este capital no será suficiente para financiar dicha pensión, por lo que sería el RPM quien se encontrará con la descapitalización, más aún cuando la demandante nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego, por auto del 12 del mismo mes y año, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por estas para reiterar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para

captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la

	constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces,

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...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.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por la otrora CAJANAL el día 14/01/1982 (fl 16); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 23/03/1997 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl 13 y 90); y **iii)** el día 08/06/2017 (fl. 14) solicitó a Colpensiones traslado

de nuevo al R.P.M.P.D, sin que obre respuesta frente al particular.

Pues bien, a folios 13 y 90 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 23/07/1997 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que en esta diligencia se limitó a exponer que a su lugar de trabajo llegó un asesor de Porvenir y les presentó los sistemas de pensiones, con sus ventajas, que tendrían una mejor pensión en menos tiempo e indicó que el ISS se estaba terminando, que se trasladó de manera voluntaria y que en ese momento estaba afiliada a Cajanal, que firmó el formulario de afiliación, de lo que se extracta que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Al respecto, ha de indicarse que no es de recibo el argumento presentado por Porvenir S.A. al momento de sustentar su apelación, pues si bien para la fecha en que la demandante se afilió a esa AFP no era obligación dejar documento distinto al formulario de afiliación que probara la información dada a la afiliada, no es menos cierto que el cumplimiento de dicha obligación pudo haberse demostrado con cualquiera de los otros medios probatorios consagrados en la legislación, como en antecedencia se dijo.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las AFP, por lo que no es cierto que para el año de 1997 las mismas no tuvieran esa obligación, tal y como lo afirmó Porvenir S.A. al sustentar su recurso.

Por lo antes expuesto, al no demostrarse por parte de Porvenir S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción

jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento tal y como lo argumenta la apelante.

Frente al tema de la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ha de indicar la Sala que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema 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.

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del

negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

En lo que respecta a lo expuesto por las apelantes al momento de sustentar su recurso, referente a la ratificación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia arriba citada, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo o por los aportes realizados durante el tiempo de afiliación al RAIS.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la accionante se encontraba afiliada a Cajanal previo su traslado a Porvenir en el año 1997, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 692 de 1994 , que establece:

“ARTICULO 4o. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA. En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.

Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1o. de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.

Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad se regirán por lo dispuesto en el artículo siguiente.”

Por lo anterior, el regreso de la demandante al régimen de prima media se hace efectivo a través de Colpensiones, ya que mediante Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de Cajanal, la cual finalizó en julio de 2013 y en virtud de su artículo 4 se ordenó el traslado de sus afiliados al otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

En cuanto a lo argüido por la entidad apelante Colpensiones, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado

estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

**SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA
SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

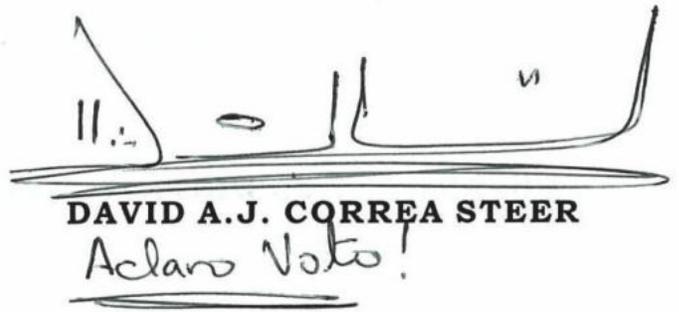
Código Único de Identificación: 11001310502720180007601

Demandante: **LUCY MATILDE BERNAL LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

AUTO

Se reconoce personería a la doctora Claudia Liliana Vela, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 3368 del 2 de septiembre de 2019 y como apoderada sustituta de esta entidad a la Dra. Belcy Bautista Fonseca, identificada con T.P. No. 205.907 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada

por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta entidad, la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare ineficaz el traslado de efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A., devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

1) Fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 10 de septiembre de 1979; **2)** Se trasladó del RPM al RAIS, afiliándose a Colfondos S.A. el 31 de agosto de 2000; **3)** Al momento de su traslado, Colfondos S.A. no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen; **4)** Solicitó ante Colpensiones la anulación del traslado, lo cual fue negado por dicha entidad; **5)** Solicitó ante Colfondos S.A. la anulación de su afiliación al RAIS, petición que no fue contestada; **6)** En el régimen de prima media su pensión sería de \$2.139.144 y en el régimen de ahorro individual sería de \$828.117; **7)** Actualmente se encuentra cotizando a Colfondos S.A.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 226 a 246), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica.

Indicó que, el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003,

ya que cuenta con 61 años, por lo que debió solicitar el traslado pensional antes del 2009.

Adujo que el demandante no se encontraba cobijado por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, ello debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero la solicitud la elevó cuando ya contaba con la edad, por ello, no puede regresar al RPM.

Precisó que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Concluye indicando que, al haber fundado el actor sus pretensiones en el hecho de haber sido engañado por los asesores de la AFP, de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

COLFONDOS S.A. (fls. 257 a 272), se opuso a las pretensiones de la acción y propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslados, compensación y pago y la genérica.

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Precisó que la existencia del deber de asesoría solo se da hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que los traslados efectuados por fuera de la vigencia de esas disposiciones no se les puede exigir que demuestren tal circunstancia.

Indicó que esa AFP informó de manera adecuada y completa al demandante, con anterioridad a su vinculación a Colfondos S.A., acerca de las condiciones bajo las cuales opera el RAIS, lo que resulta demostrado con el formulario de afiliación suscrito por el actor, con el cual dejó constancia que su elección fue efectuada de manera libre, espontánea y sin presiones.

Adujo que el accionante se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen, toda vez que está a menos de 10 años para alcanzar la edad en la que puede reclamar la pensión, no es beneficiario del régimen de transición y tampoco cuenta con las semanas requeridas en la sentencia SU 062 de 2010, para trasladarse al RPM.

Finalizó indicando que, de llegarse a la conclusión de que la vinculación del actor al RAIS se encuentra viciada de nulidad relativa por vicios del consentimiento, cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrita conforme el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando ineficaz el traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS, como consecuencia de ello, condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos

pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; así mismo, condenó a Colpensiones a afiliarse nuevamente al RPM al accionante y a recibir las cotizaciones provenientes de Colfondos S.A.. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Para fundamentar su decisión adujo, en síntesis, que no se demostró que Colfondos S.A. hubiese cumplido con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que le correspondía a esa entidad y no al demandante, tal y como lo tiene sentado la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ya que no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado al demandante sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, siendo la única prueba con la que cuenta la AFP demandada, y con la que pretende demostrar la debida información otorgada al demandante, el formulario de afiliación suscrito por el demandante, documento que tiene formas previamente establecidas para todos los casos, y con el cual no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar el demandante al trasladarse al RAIS.

Adujo que la línea jurisprudencial ha dicho que, frente al deber de información de las AFP, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa legítima de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

adquirido de la pensión, como ocurre en el presente asunto, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ellos para que proceda la ineficacia del traslado y, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

Conforme lo anterior, concluyó que, Colfondos S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que además, incumplió con su deberes de buen consejo, de asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Indicó que el demandante se encontraba dentro de una prohibición legal ya que estaba en el límite para poder para poder retornar al RPM, además, en el presente asunto no se acreditaron los vicios del consentimiento como es el error, la fuerza o el dolo al momento de la suscripción del contrato.

Precisó, respecto del deber de información que, si bien la AFP debió informar de manera suficiente al actor, eso no lo exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, del cual dependerían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la pensión de vejez, como tampoco se puede dar aplicación a la ley para darle un trato desigual como si su capacidad para celebrar contratos

o actos estuviese menguada frente a un acto de tal importancia como era la elección de régimen pensional, ya que de tal elección dependerían las condiciones del cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social y en particular de la vejez.

Solicitó se tenga en cuenta que se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir que las personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos públicos entren a beneficiarse o subsidiarse de cotizaciones y riesgos asumidos por otras personas.

Finalmente, y en caso de que no se acojan sus argumentos, solicitó condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por parte de la AFP, ya que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto el fondo privado reintegre los recursos y actualice los datos del demandante en la respectiva base de datos.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 07 de julio de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego, por auto del 17 de septiembre de la misma anualidad, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las demandadas, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que

puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...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 desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación

del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 10/09/1979 (fl 53, 70 y 274); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/08/2000 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl

58); y **iii)** los días 6 y 7 de marzo de 2019 (fl. 69 y 71) solicitó a las accionadas traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por estas.

Pues bien, a folios 58 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 31/08/2000 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que en esta diligencia se limitó a exponer que en el año 2000 trabajaba para Visin Ltda. y que luego los trasladaron a Copaba Ltda. prestando el servicio para Avianca y en la reunión de ese cambio estaban dos señores de Colfondos S.A. quienes le informaron que iban a trabajar de la mano con Avianca porque el ISS se iba a acabar, y por ello podían continuar en el tema de la pensión con Colfondos S.A., que les informaron que podían recibir la pensión anticipada a

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

20 años de trabajo, que en ese momento estaba preocupado porque debía seguir trabajando y por ello accedió a firmar el formulario con Colfondos S.A., que el formulario ya estaba hecho, que no le informaron acerca de la posibilidad de hacer aportes voluntarios, sí les informaron que al momento de fallecer la pensión pasa a la masa sucesoral, y que al momento en que cumplió 57-60 años se acercó a Colfondos para saber en qué estado estaba su pensión y fue cuando la asesora le dijo que le faltaba una cantidad de dinero para sus aportes y que debía cumplir los 62 años para poder reclamar la pensión, de lo que se extracta que la información con la que contaba el accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para el declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así las cosas, al no demostrarse por parte de Colfondos S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de

cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento tal y como lo argumenta la apelante.

Frente al tema de la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ha de indicar la Sala que esta decisión se encuentra avalada en senda jurisprudencia que frente al punto ha pronunciado nuestro órgano de cierre, pues en sentencia SL

1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema 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.

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo

trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración, seguros previsionales y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

En lo que respecta a lo expuesto por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, referente a que el demandante debió informarse previo a efectuar el traslado de régimen, si bien los consumidores financieros también tienen obligaciones, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la

información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

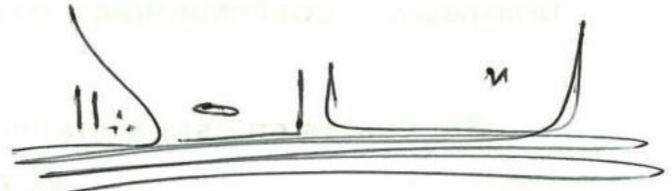
Código Único de Identificación: 11001310502720190036201

Demandante: **JHON JAIRO AVELLA NÚÑEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro voto!

