

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE **JORGE ELIECER BENÍTEZ PRIETO**  
VS. **COLOR SIETE S.A.S. EN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN**  
RADICACIÓN: **760013105 007 2019 00050 01H**

Hoy, **18 de agosto de 2023**, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, en armonía con la Ley 2213 de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** de la parte demandada, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JORGE ELIECER BENÍTEZ PRIETO** contra **COLOR SIETE S.A.S. EN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN**, con radicación No. **760013105 007 2019 00050 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 2 de agosto de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 51**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** en esta que corresponde a la...

**SENTENCIA NÚMERO 250**

**ANTECEDENTES**

El señor **JORGE ELIECER BENÍTEZ PRIETO**, mediante apoderado judicial, demandó (fls. 2-6, 31-35) a la sociedad **COLOR SIETE S.A.S. EN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN**, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, sea condenado al

reconocimiento y pago de la suma por la terminación unilateral y anticipada del contrato laboral, correspondiente a los meses de marzo y abril de 2017, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones. Así mismo solicitó el pago de la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales debidas, desde el 24 de febrero de 2017 hasta cuando se haga el pago efectivo de las sumas adeudadas, junto con los intereses de mora.

### **SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES**

Como soporte fáctico de sus pretensiones afirmó el demandante a través de su apoderada judicial que suscribió contrato laboral a término fijo de 3 meses, con la empresa COLOR SIETE S.A.S., a partir del 20-10-2016 al 19-01-2017, que se prorrogó por un término igual hasta abril de 2017, desempeñando el cargo de Jefe de Zona en los almacenes de Cali.

Afirmó que devengaba como salario la suma de \$1'900.000, más las comisiones, sumando un total de \$2'300.000 pesos mensuales.

Señaló que su empleador dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, el 24 de febrero de 2017, calenda en que suscribió con la demandada "*Contrato de Transacción Extrajudicial*", desconociendo que las acreencias allí consignadas eran irrenunciables y no conciliables.

Informó que la liquidación final de sus prestaciones sociales, se realizó con un salario básico inferior al que realmente devengaba, sin incluir la indemnización por terminación anticipada y sin justa causa del contrato laboral a término fijo, pues finalizó dos meses antes de su vencimiento.

Indicó que Color Siete S.A.S., se comprometió a pagarle \$4'179.208, de los cuales solo recibió \$2'000.000, el 10 de marzo de 2017.

Aseveró que la empresa demandada le adeuda las prestaciones sociales causadas entre el 20 de octubre de 2016 y el 24 de febrero de 2017, la sanción

moratoria por el no pago de tales acreencias y la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa.

La entidad demandada **COLOR SIETE S.A.S. EN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN** al dar respuesta a la demanda (fls. 58-90), se opuso a las pretensiones argumentando que el 24 de febrero de 2017 el señor Jorge Eliecer Benítez Prieto y la demandada celebraron un contrato de transacción extrajudicial, acordando la terminación por mutuo acuerdo de la relación laboral, obligándose la empresa a pagar al actor la suma de \$2'300.000 por concepto de compensación libre y voluntaria, suma que era adicional al valor correspondiente a los salarios y a la liquidación de prestaciones sociales “*que hasta la fecha se le adeudan*” y que ascendía a \$ 4'179.208, más la cesantía del año 2016 por \$ 432.750 e intereses a la cesantía de 2016 por \$ 10.242, para un total de \$ 4'622.200.

Indicó que la demandada no le adeuda al actor ninguna suma por concepto de indemnización por despido sin justa causa, toda vez que nunca sucedió un despido. Que el salario básico del demandante era \$ 1'890.000 y el promedio \$ 2'756.666.

Señaló que la empresa desde el año 2005 ha afrontado una crisis económica, y con el único fin de conservar la fuente de ingresos de la mayoría de sus trabajadores, el 13 de enero de 2005 se vio en la obligación de celebrar con sus acreedores internos y externos, un acuerdo de reestructuración en los términos de la ley 550 de 1999. Como consecuencia de ello, adelantó un proceso de capitalización con terceros inversionistas, que le permitieran la supervivencia y futuro crecimiento, con la conservación de 500 empleos directos.

Aseveró que no obstante, y con el fin de evitar la liquidación definitiva de la empresa, la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en la ley 1116 de 2006, emitió el auto número 400-013620 del 21 de septiembre de 2017 decretando la apertura al proceso de validación judicial y un acuerdo

extrajudicial de reorganización por amenaza patrimonial, siendo consignado en el registro mercantil el 25 de octubre de 2017.

Manifestó que el 10 de marzo de 2017 la demandada abonó al demandante la suma de \$2´000.000, por concepto de salario básico, prima legal, cesantías, intereses a las cesantías y seguridad social.

Indicó que se encontraba pendiente por cancelar el valor de \$2´622.200 correspondiente a vacaciones de retiro, auxilio de rodamiento y compensación libre y voluntaria, suma que depositó en el Banco Agrario el 29 de noviembre de 2018, a órdenes de los Juzgados Laborales del Circuito de Cali y a favor de JORGE ELIECER BENÍTEZ PRIETO, que le fue entregada al actor el 22 de enero de 2019.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, mala fe del demandante y compensación.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia proferida por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declarando no probada la excepción de cosa juzgada y **probada la de pago respecto de prestaciones sociales y vacaciones**, y la de compensación respecto del saldo a favor de la empresa demandada por valor de \$1´374.529.

Condenó a COLOR SIETE SAS. EN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN a cancelar a favor del señor JORGE ELIECER BENÍTEZ PRIETO la suma de \$45´779.559 por sanción moratoria del artículo 65 del CST. Impuso costas a cargo de la entidad demandada.

Declaró no probada la excepción de cosa juzgada, pues si bien las partes pactaron un contrato de transacción, la materia de discusión del presente proceso aún no ha sido ventilada, toda vez que se exponen hechos nuevos en la demanda.

De la documental allegada estableció que el actor pactó un contrato de trabajo a término fijo con la empresa demandada a partir del 20 de octubre de 2016, desempeñándose como “Jefe de Zona Cali” hasta el 24 de febrero de 2017, día en que las partes firmaron un documento denominado acuerdo de transacción, estableciendo el retiro voluntario del ex trabajador a cambio de entregarle la suma de \$2´300.000 pesos.

Estableció que para el año 2016 el actor devengó como salario la suma de \$1´890.000 (fl.176-177) y para el año 2017 el ingreso promedio mensual ascendió a \$2´231.266 (178-179).

Indicó que de las pruebas allegadas al expediente no se vislumbraba que se hubiese ejercido presión sobre el actor o sufrido amenazas de tal naturaleza que lo forzaran a suscribir el acuerdo de transacción extrajudicial, pues conforme a su nivel educativo debió prever los efectos legales de su decisión, aunado a que en su interrogatorio de parte manifestó que suscribió de manera libre y voluntaria la transacción, sin que mediara presión alguna.

Dijo que el actor no aportó prueba que demostrara la supuesta presión que alega sufrió por parte de su empleador para que aceptara dar por terminado de manera anticipada el contrato de trabajo, razón por la que absolvió de la pretensión de indemnización por despido injusto.

Advirtió que el 10 de marzo de 2017, la empresa demandada le consignó al actor la suma de \$2´000.000

Sobre el pago de prestaciones sociales y vacaciones, no transigibles, verificó si se adeudaban algunos valores. Luego de efectuadas las liquidaciones encontró valores insolutos a 29-11-2018 por cesantías e intereses a las cesantías (\$722.000-\$10-242), prima de servicios año 2017 (\$148.7519 y vacaciones por \$ 386.752, que fueron consignados el 29-11-2018 en el Banco Agrario, en suma total de \$ 2´622.200, por lo que consideró que resultaba un saldo a favor de la demandada de \$ 1´374.529.

Respecto de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL732 de 2019, señaló que la sanción moratoria procede cuando el empleador a la terminación del contrato no ha pagado al trabajador los salarios y prestaciones salvo en los casos de retención automática autorizados por la ley, sin embargo su aplicación no es automática, pues es deber del juzgador analizar las circunstancias que rodearon el desarrollo del vínculo laboral.

Sobre la situación económica en la que se encuentra la empresa demandada, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3448 de 2017, señaló que el estado de insolvencia económica del empleador por si solo no exonera de la imposición de la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

Destacó que las sanciones moratorias no operan de pleno derecho, sino que debe demostrarse que el empleador obró de mala fe y que la circunstancia que una sociedad se encuentre dentro de una medida de salvamento, no hace presumir que actuó de buena fe.

Concluyó del análisis de los elementos objetivos y subjetivos para determinar si hubo o no buena o mala fe, que la sociedad demandada al no haber cancelado las prestaciones sociales definitivas en forma inmediata, pese a sus problemas económicos no tenían por qué afectar los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no deben asumir los riesgos o pérdidas del patrono, ello conforme lo establece el artículo 28 del CST

Señaló que el empleador permitió que el empleado continuara trabajando, pese a conocer de la situación económica de la empresa, motivo por el que no expuso razones atendibles que justificaran la omisión en el pago, razón por la que impuso condena por la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST desde el 25 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2018, día anterior al que la demandada cumplió con la obligación de pagar las prestaciones sociales, cuyo monto total asciende a \$47´154.088, pero como a favor de la sociedad demandada aún queda un saldo de \$1´374.529, le resta por pagar por dicho concepto la suma de \$45´779.559.

## **APELACIÓN**

Inconforme con la decisión el apoderado de la empresa **DEMANDADA** la apeló oponiéndose a la condena por concepto de la sanción moratoria, indicando que ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la sanción moratoria no es aplicable de manera automática, pues el Juez debe estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada. Debe establecer si la omisión o pago tardío de las acreencias laborales estuvo o no asistida de buena fe, pues al estar justificado en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe, no procedería la imposición de la sanción.

Reiteró que solo basta que la empresa tenga argumentos sólidos y factibles que den un grado de certeza que permitan constatar que está actuando conforme a la ley, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en proceso con radicación 49721.

Insistió que la empresa tardó en pagar las acreencias laborales del demandante, no por capricho sino que la entidad tenía una crisis económica desde el año 2005, y con el único fin de conservar la fuente de ingresos de muchos trabajadores y la unidad de explotación comercial, el día 13 de enero de 2005 se vio en la obligación de celebrar con sus acreedores internos y externos, un acuerdo de reestructuración en los términos de la ley 550 de 1999 y como consecuencia de ello adelantó un proceso de capitalización con terceros inversionistas que le permitiera la supervivencia y futuro crecimiento con la consecuente conservación de 500 empleos directos. Sin embargo, la empresa continuó en crisis y con el fin de evitar la liquidación definitiva, recuperar y mantener la empresa como unidad de explotación económica,

conservar más de 350 trabajadores con fundamento en la ley 1116 de 2006, la Superintendencia de Sociedades mediante el auto 4013620 del 21 de septiembre de 2017, decretó la apertura al proceso de validación de un acuerdo extrajudicial de reorganizar por amenaza patrimonial a la Sociedad Color Siete, el cual fue consignado en el registro mercantil.

Solicitó la revocatoria de la sentencia y que se absuelva al demandado.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia del 21 de enero de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión.

Dentro del término, el apoderado judicial de la parte demandada alegó de conclusión, reiterando los argumentos de hecho y de derecho expuestos tanto en la contestación de la demanda como en la alzada, solicitando se revoque la decisión de instancia, para que, en su lugar, se absuelva a su representad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

### **CONSIDERACIONES:**

Como cuestión de primer orden, se resalta que, de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. En tal virtud corresponde establecer si resulta procedente la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T., y en caso afirmativo, si resultan atendibles a favor de la entidad demandada su decir acerca que actuó con buena fe, al encontrarse en crisis económica desde el año 2005, en acuerdo de reestructuración en términos de la Ley 550 de 1999 y en proceso de reorganización conforme las previsiones de la ley 1116 de 2006.

Sabido es que la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST procede cuando a la terminación del contrato el empleador deja de

cancelar al trabajador, sin justa causa comprobada, salarios y prestaciones sociales, pero, como lo ha sostenido de forma inveterada la jurisprudencia, no opera de forma automática e inexorable sino que en su imposición incide la buena o mala fe del empleador quien ostenta la carga probatoria de su defensa.

En el presente caso, no existe discusión respecto a la naturaleza laboral del vínculo contractual laboral que unió a las partes, pues se allegó al plenario contrato individual de trabajo a término fijo de tres meses (fl. 112-116) suscrito por JORGE ELIECER BENÍTEZ PRIETO y la empresa C.I. COLOR SIETE S.A., el 20 de octubre de 2016 para desempeñar el cargo de Jefe de Zona Ciudad de Cali y un salario de \$1'890.000. Tampoco respecto de sus extremos temporales comprendidos como ya se dijo entre el 20 de octubre de 2016 hasta el 24 de febrero de 2017, tal como se registró en la certificación fechada el 2 de mayo de 2017 (fl.23). Ni hay discusión respecto al salario devengado en el año 2016 y para el año 2017, \$ 2'231.266.

Así mismo se allegó al plenario (fl. 19-20 a 26 y 117 a 118) contrato de transacción extrajudicial, suscrito por el demandante con la empresa demandada, el 24 de febrero de 2017.

De dicho documento, articulado con la contestación de la demanda (al hecho quinto, fl. 61), aflora que las partes además de la liquidación laboral acordaron el pago de una compensación *“libre y voluntaria de carácter extralegal por valor de \$ 2'300.000, pagada a la finalización de dicho contrato”* (fl. 19), la cual, en manera alguna podía abonarse como pago de prestaciones sociales adeudadas en tanto que, el objeto de la transacción como lo concluyó el *A quo* fue la terminación de mutuo acuerdo y los derechos laborales devienen intransigibles.

En consecuencia, como en primera instancia se declaró probada la excepción de pago respecto de las prestaciones sociales y vacaciones, aspecto que no fue rebatido por las partes, a efectos de estudiar el primer requisito para que se configure la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., conviene

precisar que aquellas estimaciones aritméticas que condujeron al *A quo* a dicha conclusión fueron las que se esquematizan a continuación:

	DESDE	HASTA	DIAS
<b>TIEMPO LABORADO</b>	20/10/2016	24/02/2017	125 días
<b>SALARIO 2016</b>	\$ 1.890.000,00		
<b>SALARIO 2017</b>	\$ 2.231.266,00		
<b>VALORES ADEUDADOS</b>		<b>FECHA DE PAGO</b>	
<b>CESANTÍA AÑO 2016</b>	\$ 722.410,00		
<b>CESANTÍA AÑO 2017</b>			
<b>INTERESES CESANTÍA</b>			
Abono	\$ 10.242,00	ene-17	Fl. 178
	<b>\$ 712.168,00</b>		
Pago Bco Agrario	\$ 2.622.200,00	29/11/2018	fls. 119-120-192,199
<b>SALDO A FAVOR DEMANDADA</b>	\$ 1.910.032,00		
PRIMA SERVICIOS AÑO 2016	\$ 432.750,00	dic-17	Fl.177
<b>PRIMA SERVICIOS AÑO 2017</b>	<b>\$ 148.751,00</b>	29/11/2018	fls. 119-120-
VACACIONES	\$ 386.752,00	29/11/2018	192,199

Lo anterior permite inferir, de manera compatible con lo contestado y confesado por la parte demandada (fl. 62, al hecho 7) que existieron saldos insolutos entre el 25-02-2017 y el 28-11-2018, por concepto de cesantía de los años 2016 y 2017, así como de la prima de servicios del año 2017.

Ello porque está acreditado que la demandada pagó:

- El 10 de marzo de 2017, \$ 2'000.000, que en su demanda (hecho 7) también reconoció haber recibido el demandante.
- Y el 29 de noviembre de 2018 (fl. 175), tardíamente, consignó en el Banco Agrario de Colombia, la suma de \$2'622.200 a favor de JORGE ELIECER BENÍTEZ PRIETO, por concepto de pago de acreencias laborales. Pago que generó un remanente a su favor.

Ahora, en cuanto a la buena fe o justificación para tal omisión, se evidencia de la documental allegada al plenario, que:

- Desde el 13 de enero de 2005, la sociedad CI COLOR SIETE S.A. había celebrado con sus acreedores internos y externos acuerdo de reestructuración, obligándose a pagar \$ 7270'192.413 (fl. 208)
- Que el 15 de marzo de 2006 C.I. COLOR SIETE S.A. se encontraba en acuerdo de reestructuración de Ley 550 de 1999, conforme a reunión del Comité de Vigilancia (fl. 194-195).
- Que a octubre 31 de 2011 continuaba con pérdidas del ejercicio contable y por tanto reformó el acuerdo de reestructuración entre acreedores internos y externos (fls. 208-211).
- Que el 29 de agosto de 2017, Carlos Oyola le remite mensaje de datos por correo electrónico al demandante (fl. 189) aceptando que la empresa *“tiene el compromiso de cancelarle a más tardar el 31 de Agosto de 2017 las liquidaciones de contrato de las personas con las que firmé el contrato de transacción”* y agregó: *“Se que ante usted carezco de credibilidad, pero la verdad es la oportunidad que tenemos de poder saldar el saldo de lo que se adeuda”*, invitando al demandante a insertarse al acuerdo de reorganización.
- El 30 de agosto de 2017, la demandada remite oficio al accionante tratando de amortizar lo adeudado por prestaciones sociales con los \$2'000.000 cancelados el 10-03-2017 y lo mismo, con oficio de 20 de octubre de 2017 (fls.161-162).
- Y que, por auto número 400-013620 del 21 de septiembre de 2017, la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura al proceso de validación judicial de un acuerdo Extrajudicial de Reorganización a la SOCIEDAD COLOR SIETE S.A.S., ello conforme se extrae del Certificado de Existencia y Representación Legal de tal entidad (fl. 38 reverso, 52 reverso y 92, 219).
- Luego el 1º de octubre de 2018 la Superintendencia de Sociedades, realizó la audiencia de validación Judicial de un Acuerdo Extrajudicial de reorganización, resolviendo validar el acuerdo extrajudicial de reorganización de la Sociedad Color Siete SAS, ordenando la inscripción de la decisión en la Cámara de Comercio y ante las autoridades que así lo requieran.

Tales probanzas permiten recordar que en diferentes oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a manera de ejemplo en sentencia **SL974 del 14 de marzo de 2022**, indicó:

*“Con dicho propósito, debe recordarse que, como lo tuvo en cuenta el colegiado, esta Sala ha sido enfática en que la indemnización moratoria no se genera de manera automática por la mera declaratoria de la existencia de un contrato laboral o por el no pago oportuno de las acreencias laborales, pues en cada caso es necesario estudiar si la conducta del empleador estuvo o no asistida de buena fe. Así lo recordó recientemente esta Corporación en la sentencia CSJ SI3288-2021, en la que se explicó:*

*Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales.*

*Por eso se ha dicho que el Juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso, así como un análisis conjunto de las pruebas y circunstancias que rodearon el marco de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables. En efecto, en la sentencia SL3936-2018, entre muchas otras, así reflexionó la Corte:*

*Por tanto, la forma contractual adoptada por las partes no es suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que, igualmente, deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta.*

*Así entonces, no se advierte que el Tribunal se hubiese equivocado al imponer la sanción moratoria en este caso, pues como bien adujo no existen elementos que lleven a pensar que la demandada obró de buena fe, para desconocer los derechos mínimos de la trabajadora y dicha carga probatoria le corresponde a la accionada, la cual no se satisface alegando el íntimo convencimiento de estar obrando en el marco de un contrato civil o comercial en el que la actora acordó prestar servicios en forma autónoma y, mucho menos, la presencia de cuentas de cobro a título de honorarios, ya que la prueba de la buena fe, se itera, debe ser en concreto.*

*En igual forma, esta Sala definió que,*

*[...] la <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414)."*

Así entonces, la buena fe cumple su papel como mecanismo liberatorio, toda vez que lo que interesa para efectos de que el empleador sea exonerado de la indemnización moratoria es que haya logrado demostrar suficientemente que su conducta omisiva estuvo sustentada en razones serias y atendibles configurativas de buena fe.

Respecto de la reorganización o liquidación de las empresas en crisis económica, la Sala Laboral en sentencia SL16884 del 16 de noviembre de 2016, dispuso:

*"Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:*

*...no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493).*

*Por esas razones, en definitiva, la Sala ha concluido que:*

*...la correcta hermenéutica de las normas que consagran la sanción que ésta no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación del actuar del deudor, que bien puede conducir a su exoneración, o por el contrario, a la condena de la indemnización moratoria cuando del análisis del acervo probatorio el juez concluya que no estuvo asistido de la buena fe. (CSJ SL360-2013).*

*La Sala también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar. (CSJ SL, 9, feb. 2010, rad. 36080; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ*

SL, 24 en. 2012, rad. 37288; CSJ SL, 1 ag. 2012, rad. 40972 y CSJ SL485-2013, entre otras).

...

*Sin embargo, en atención a que, como ya se explicó, la indemnización no se debe imponer ni excluir de manera automática, la Sala ha clarificado que no basta con demostrar el sometimiento de la empresa al proceso de reestructuración para prescindir de la condena por indemnización, pues es preciso, en todo caso, evaluar la conducta del empleador, ya que, incluso en tales estados especiales de recuperación económica, puede incurrir en actos contrarios a la buena fe, que lo hacen merecedor de la sanción (CSJ SL, 3 jun. 2009, rad. 33648; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288).*

...

*De acuerdo con lo dicho, el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva, que excluya automáticamente la imposición de la indemnización moratoria. En ese sentido, si se prescinde de manera mecánica de la sanción, sin evaluar las condiciones particulares de cada caso, se propicia una interpretación errónea de la norma, que, como ya se analizó, no admite reglas absolutas ni esquemas preestablecidos. Adicionalmente, entre otras cosas, el juez está obligado a analizar si la reestructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas y, en todo caso, si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite.”*

Conforme lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, deben analizarse las condiciones que rodearon al empleador en el incumplimiento de las obligaciones laborales respecto de sus trabajadores, pues como lo estableció la referida corporación, la crisis económica de la empresa, puede constituir un eximente, pero para que ello sea así, debe el empleador actuar contrario a la buena fe respecto del pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación de contrato de trabajo.

Así las cosas, en asuntos como el presente debe considerarse que en el marco de la ley 550 de 1999, en la cual, se tiene prueba, se encontró la demandada entre 2006 y 2011, y posiblemente, hacia los meses de trabajo del demandante, le implicaban honrar estrictamente sus obligaciones (art. 17 L.550/1999), antes que proceder a vincular personal para no cancelar lo causado.

Y frente a la Ley 1116 de 2006, debe tenerse en cuenta también, la fecha en que inicia el proceso de reorganización, y establecer si ocurrió antes de

terminar el contrato, después de terminado aquel, o durante el proceso de reorganización.

De la documental allegada se advierte que la entidad demandada, desde la contestación de la demanda alegó como razones de su incumplimiento aceptado, el encontrarse en una crisis financiera que desembocó en el inicio del proceso de reorganización, circunstancia que no es materia de debate.

En tal virtud, la Sala no acoge los planteamientos expuestos en la alzada, pues conforme al análisis de la situación fáctica presentada, se advierte que la admisión del proceso de reorganización se dio auto con consecutivo 400-013620 del 21 de septiembre de 2017 (fl. 38 reverso, 52 reverso y 92), es decir, 7 meses después de la desvinculación del trabajador, circunstancia que no justifica el incumplimiento por parte del empleador, razón por la que habrá de confirmarse la condena por la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.

Conviene indicar que la Sala no se pronuncia frente a las demás condenas contenidas en la sentencia apelada y sus operaciones aritméticas, ni sobre los argumentos contenidos en escrito arrimado al cuaderno de segunda instancia el 3 de febrero de 2020, toda vez que las líneas argumentativas se trazan desde la primera instancia, a efectos de profundizarlas ante el Tribunal, más no para añadir puntos nuevos, en atención a lo establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., y por lo tanto, en el presente asunto, solo procede el estudio de los de los reproches formulados en el recurso de alzada, tal como se realizó.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia APELADA.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLOR SIETE S.A.S. EN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN**, apelante infructuoso y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`500.000.

**TERCERO:** NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página web de la Rama Judicial en el link: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>

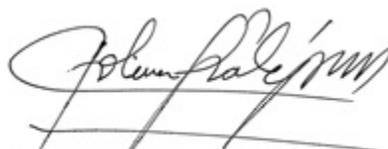
**CUARTO:** Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.

-Firma electrónica-  
**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**  
Magistrada Ponente



**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ**  
Magistrada



**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**  
Magistrado

**Firmado Por:**  
**Monica Teresa Hidalgo Oviedo**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 008 Laboral**  
**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ae9dd1435b3a6b0cdd4742e30cd19067556a30ccc72626eb164ac2a11592e88**

Documento generado en 18/08/2023 06:54:00 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE NESTOR RAÚL ARTURO DORADO  
VS. COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A,  
COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 760013105 002 2019 00611 01

Hoy, **18 de agosto de 2023**, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** presentada por la apoderada de COLPENSIONES, así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **NESTOR RAÚL ARTURO DORADO** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A** con radicación No. 760013105 002 2019 00611 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el **27 de julio de 2023**, celebrada, como consta en el **Acta No. 49** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la apelación y consulta en esta que corresponde a la

**SENTENCIA NÚMERO 249**

**SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

La pretensión del demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad de traslado** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y, su posterior traslado a COLFONDOS S.A.; se condene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorros individual, incluidos los rendimientos; se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado; costas y agencias en derecho (arch.01 fls.5-6, arch.02 fls.6-7).

1. Que se declare la nulidad del traslado de NESTOR RAUL ARTURO DORADO del régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -HOY COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS -HOY PORVENIR S.A. y, su posterior traslado a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.
2. Que se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual de NESTOR RAUL ARTURO DORADO, incluidos los rendimientos, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
3. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar el traslado de NESTOR RAUL ARTURO DORADO como afiliado al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que le transfiera COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual, con el fin de que sean incluidos en la historia laboral del demandante.
4. Condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Las demandadas **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, tras considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. COLPENSIONES manifestó que no son ciertos los hechos concernientes a: los presuntos valores de las mesadas pensionales en ambos regímenes. Adujo como ciertos los hechos referentes a: la fecha de nacimiento del demandante; su vinculación al ISS hoy COLPENSIONES desde el año 1977 hasta el 2000; la vinculación al RAIS por medio de la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.; la solicitud de traslado elevada a COLPENSIONES en junio de 2019. De los demás hechos señaló que no le constan los atinentes a: la vinculación a PORVENIR S.A. hasta el 30 de abril de 2004 y la afiliación a COLFONDOS S.A. desde el 01 de mayo de 2004; las circunstancias que rodearon los traslados de régimen, tales como falta de información y proyección pensional, por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; buena fe y; prescripción.

La demandada **PORVENIR S.A.**, teniendo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción, optó por guardar silencio.

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.01 fls.3-11, 12-126), la subsanación de la misma (arch.02 fls.3-12, 13-131), la contestación de COLPENSIONES (arch.05 fls.1-13, 14-27), así como la contestación de COLFONDOS S.A. (arch.10 fls.1-18), son conocidos por las partes, principalmente referidos a la

ausencia de ilustración frente a la decisión de traslado, motivo por el cual la Sala no estima pertinente ni necesario reiterar tales aspectos del proceso.

### DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró no probadas las excepciones por pasiva; la ineficacia de la afiliación con las AFP COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A; ordenó a COLPENSIONES, aceptar el regreso al régimen de prima media con prestación definida, que éste administra; a COLFONDOS S.A, una vez ejecutoriada esta providencia, proceda a realizar a COLPENSIONES, el traslado de todos los dineros que aparezcan consignados en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES; condenar en costas a las partes vencidas en juicio; envíese el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional por ser adversa a COLPENSIONES (arch.20 fls.3-4) (21 Audiencia min 40:30 y ss.).

(...)

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las entidades demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de **NESTOR RAUL ARTURO DORADO** con las **AFP COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A**

**TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES, aceptar el regreso de **NESTOR RAUL ARTURO DORADO** al régimen de prima media con prestación definida, que éste administra.

**CUARTO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A, una vez ejecutoriada esta providencia, proceda a realizar a COLPENSIONES, el traslado de todos los dineros que aparezcan consignados en la cuenta de ahorro individual de **NESTOR RAUL ARTURO DORADO** a COLPENSIONES.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a las partes vencidas en juicio. SE tasan en la suma de \$2.000.000 para cada una de las entidades demandadas.

**SEXTO: ENVÍESE** el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional por ser adversa a COLPENSIONES.

(...)

### APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** la apeló y argumentó, en síntesis, que: el demandante realizó su traslado al RAIS de forma libre, voluntaria y sin presiones, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 13 literales b) y e), de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para

documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso, por lo que la ignorancia de la Ley no es excusa en esta situación y, la parte actora no probó que las AFP incurrieron en un vicio causal de nulidad, por lo que no se dan los elementos para acreditar la ineficacia de la afiliación; con la declaratoria de la nulidad, hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, incluyendo cuota abonada al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración; la sentencia vulnera a futuro la sostenibilidad de la entidad, que tendrá a cargo el reconocimiento pensional y demás costos sin haber percibido los aportes del demandante; frente a la condena en costas, la entidad actuó conforme a un deber legal cuando el demandante decidió trasladarse del fondo de pensión. Por lo anterior, solicita al Tribunal que se revoque la sentencia de primera instancia (21 Audiencia min 42:11 y ss.).

### **CONSULTA**

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia del 27 de julio de 2023, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

Dentro del término, la apoderada judicial de Porvenir S.A., a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en lo expuesto en la contestación de la demanda, solicitando se confirme el fallo de primera instancia y se condene en costas al demandante.

### **CONSIDERACIONES:**

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que, de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., “la

sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”.

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen del demandante resulta nulo o ineficaz? y ¿cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?

Dentro del plenario quedó acreditado que NESTOR RAÚL ARTURO DORADO nació el 11 de noviembre de 1957 (arch.01 fl.13), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 14 de febrero de 1977 (arch.01 fl.44) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, el 22 de agosto de 2002, tal como se registra en el formulario de traslado realizado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (arch.01 fl.14).

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el demandante prestó servicios como **trabajador del sector privado y público** previo a su traslado al ahorro individual.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/11/1999	30/11/1999	\$366.000	4,29	0,00	4,29	0,00
890301752	EL PAIS S A	01/12/1999	31/12/1999	\$1.410.580	4,29	0,00	0,00	4,29
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/12/1999	31/12/1999	\$366.000	4,29	0,00	4,29	0,00
890301752	EL PAIS S A	01/01/2000	31/01/2000	\$3.210.000	2,29	0,00	2,29	0,00
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/01/2000	31/01/2000	\$260.100	2,86	0,00	0,00	2,86
890305881	CORPORACION UNIVERSI	01/02/2000	29/02/2000	\$1.053.000	4,29	0,00	4,29	0,00
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/02/2000	29/02/2000	\$721.000	4,29	0,00	0,00	4,29
890305881	UNIVERSIDAD AUTONOMA	01/03/2000	31/03/2000	\$1.053.000	4,29	0,00	4,29	0,00
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/03/2000	31/03/2000	\$492.000	4,29	0,00	0,00	4,29
890305881	UNIVERSIDAD AUTONOMA	01/04/2000	30/04/2000	\$1.053.000	4,29	0,00	4,29	0,00
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/04/2000	30/04/2000	\$492.000	4,29	0,00	0,00	4,29
890305881	UNIVERSIDAD AUTONOMA	01/05/2000	31/05/2000	\$1.053.000	4,29	0,00	4,29	0,00
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/05/2000	31/05/2000	\$566.000	4,29	0,00	0,00	4,29
890305881	UNIVERSIDAD AUTONOMA	01/08/2000	30/09/2000	\$1.053.000	8,57	0,00	4,29	4,29
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/09/2000	30/09/2000	\$806.000	4,29	0,00	0,00	4,29
890305881	CORPORACION UNIVERSI	01/10/2000	31/10/2000	\$859.000	4,29	0,00	4,29	0,00
890399010	UNIVERSIDAD DEL VALL	01/10/2000	31/10/2000	\$343.000	4,29	0,00	0,00	4,29
890305881	CORPORACION UNIVERSI	01/11/2000	31/12/2000	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								501,00

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, en la que dichas entidades no le brindaron una asesoría completa, profesional, clara y suficiente que justificara el traslado del régimen de prima media a régimen

de ahorro individual, a través de elementos de juicio claros y objetivos, no le mostraron los cálculos a simulaciones de las pensiones que podía alcanzar en los diferentes regímenes pensionales, de tal forma que el actor, pudiera comparar y decidir sin lugar a equívocos en cuál de ellos le resultaba más favorable y conveniente estar afiliado.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”**. Y el artículo 114 ibidem expresa: *“Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera **libre, espontánea y sin presiones (...)**”*

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que: *“impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, con la consecuencia que **“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...)**”. (Las subrayas fuera de texto)

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, **“podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.”** Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y**

se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”.

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe surtirse de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias **SL 2929 y 1055 de 2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, 1217, 782 y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, 4360, 5031, 3464 (14-08-2019), 2652, 1689, 1688, 1421, 1452, SL-76284-2019, SL4989, 4964, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)<sup>1</sup>, SL 19447-2017 del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, SL12136 de 2014 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), 33.083 del 22 de noviembre de 2011 y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del 9 de septiembre de 2008, rad. 31989 (M.P. Eduardo López Villegas) y 31314 del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.**

Las decisiones de los años 2019-2022 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Titulo III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”*. De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis, para la Corte:

- *“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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.
- *Un “análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes 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.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tan complejo deber, de acuerdo con el momento histórico.

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) “(...) es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (...)” lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010 “(...) existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” y que la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” (SL-1452-2019).

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, aclara voto Luis Benedicto Herrera Díaz y salva voto Jorge Luis Quiroz Alemán), explicó que para apartarse de dicho precedente “la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)”, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral.

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A al momento de realizar la vinculación con el hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A no demostraron haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba al demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, no realizaron una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, el demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se agudiza por el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

Surge de lo dicho que ninguna prueba se aporta al expediente respecto a la entrega de una información con las características requeridas, pese a estar radicada en cabeza de las AFP's la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Y, en suma, no se efectuó un real estudio de las posibles ventajas o desventajas frente al traslado al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho- del cambio de régimen conforme lo señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado (porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito).

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse al afiliado sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuario del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerle partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 22 de agosto de 2002, realizó NESTOR RAÚL ARTURO DORADO del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros<sup>1</sup>, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, **revocando la indexación ordenada en primera instancia** y que se viabiliza por el estudio en

---

<sup>1</sup> CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *“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 ésta 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. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...”*

consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.<sup>3</sup>).

Condenas que deberán asumir las AFP demandadas AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, por los respectivos periodos de afiliación, sentido en el que se adicionará la decisión de primera instancia, por cuanto, el deber de información recaía en cada momento procesal respecto de cada una de ellas, máxime que, en esta cadena de traslados, se visualizan inconsultos, por razón de la cesión o absorción entre Fondos.

Frente a este tipo de situaciones resulta imprescindible señalar que además de exigirse la vinculación procesal expresa de la aquí demandada, en ella recaen como absorbente o cesionaria de jure, todas las obligaciones del absorbido o cedente y, por ende, se responsabilizan de la demostración del cumplimiento del deber de información y las consecuencias de no hacerlo dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberá subsanar las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Así mismo se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la

sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación<sup>2</sup>, al afirmar:

*“La exigencia resultaba lesiva, en su mayoría, para quienes tenían la intención de volver al régimen de prima media, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo los rendimientos, no resultaba suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que administra el Instituto de Seguros Sociales. Además, la rentabilidad obtenida es una circunstancia totalmente ajena al aportante”.*

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencias del 31-01-2007, rad. 27465; 1-12-2009, rad.36301; 9-03-2010, rad. 35406; 14-11-2012, rad. 38366; 14-11-2012, rad.38366, en las cuales se afirmó:

*“No resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del RAI al RPM, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador.”*

Ahora respecto de la prescripción, basta recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social

---

<sup>2</sup> No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

Frente el argumento expuesto por el apoderado de COLPENSIONES al sustentar la alzada respecto de las condenas en costas, conviene indicar que establece el numeral 1º del artículo 365 del CGP, Ley 1564 de 2012, aplicable por analogía en el procedimiento laboral a la voz del artículo 145 del CPTSS, que se condenará por ellas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación. En este caso, siendo COLPENSIONES una de las partes vencida en juicio, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer costas a dicha entidad.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de:

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **NESTOR RAÚL ARTURO DORADO**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.
  
- II. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVAN** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias

de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.

**III. CONDENAR a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A,** dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

**IV. CONDENAR a COLPENSIONES,** a tener a **NESTOR RAÚL ARTURO DORADO,** como su afiliado, sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales; los derechos pensionales serán exigibles una vez surtido el traslado de los dineros provenientes de las AFP, como se ordenó en los resolutivos precedentes.

**SEGUNDO: SE CONFIRMA** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, apelante infructuoso, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000 a cargo de cada una de las vencidas. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**CUARTO:** NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el microsítio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página *web* de la Rama Judicial en el *link*: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>

**QUINTO:** Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.

-Firma electrónica-  
**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**  
Magistrada Ponente



**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ**  
Magistrada  
Aclaración de Voto



**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**  
Magistrado

Firmado Por:  
**Monica Teresa Hidalgo Oviedo**  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 008 Laboral  
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3f153e9ec7b9db9249e7ea146640b065e12227cde12abc04b9f2854bcf6c3397**

Documento generado en 18/08/2023 06:54:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>