

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE RICARDO SÚAREZ ROZO** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende se declare la “*nulidad por ineficacia*” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que Porvenir S.A. y Colfondos

S.A. restituyan todos los valores que hubieren recibido por concepto de la afiliación del demandante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 57 a 64), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que el traslado efectuado por el accionante a Colfondos S.A. goza de plena validez, de manera que la nulidad alegada deberá acreditarse en el desarrollo del proceso judicial; y que conforme a la Circular 2008026873-01 del 11 de agosto de 2008 de la Superintendencia Financiera, la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen debe ser efectuado por la A.F.P. en la que se encuentre el afiliado.

Agregó que al accionante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional, por lo que está prohibido su traslado conforme al artículo 13 de la Ley 797 de 2003; y que únicamente pueden migrar de régimen en cualquier tiempo, las personas con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, que sean beneficiarios del régimen de transición, según sentencia SU-062 de 2010.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 126 a 150) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento por

cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contrato de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y la innominada o genérica.

Expuso que la decisión de traslado del accionante es el resultado de una voluntad libre y espontánea; que el actor ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 15 años, tiempo en el que siempre cumplió con el deber de informarlo; que el demandante es una persona estructurada que cuenta con capacidad para sopesar los argumentos brindados por los asesores comerciales; y que sus asesores comerciales reciben capacitación a fin de brindarles a los afiliados herramientas e información necesaria para que entiendan y trasmitan la información sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indicó que el deber de asesoría nació sólo con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de manera que sólo hasta ese momento surgió la obligación de suministrar herramientas financieras que le permitieran al demandante conocer las consecuencias de su traslado.

Señaló que el actor al suscribir el formulario de afiliación dejó constancia de que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; que el anterior documento, se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; y que el accionante no hizo uso del derecho de retracto de que trata el Decreto 1161 de 1994.

Adujo que el valor de la pensión depende del capital que logre acumular el afiliado; que no se aporta documento del que se pueda desprender que en la afiliación se presentó algún hecho generador de nulidad; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que el error de hecho vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, no obstante, en el caso, fue deseo del actor afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Manifestó que conforme al artículo 1750 del C.C. el plazo para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años.

En último término, explicó que el actor no era beneficiario del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima, por lo que no podría retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media, según sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (fls. 183 a 202), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

Indicó que la decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual por parte del actor fue consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza; que el demandante antes de su decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen de ahorro individual con solidaridad, por demás que suscribió el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria; y que el formulario de afiliación no es un mero requisito formal, ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad del accionante.

Expresó que de las normas vigentes al momento del traslado del actor no se exigía una información tan rigurosa como la que se presenta en la demanda, puesto que su deber era entregar información necesaria, veraz y suficiente, pero no brindar asesoría, dar un buen consejo que llevara incluso a desincentivar el ánimo de afiliarse al fondo, efectuar una doble asesoría, hacer proyecciones pensionales; que el deber de informar de forma clara, cierta, comprensible y oportuna nació con el Decreto 2241 de 2010; que la obligación de asesoría e información tuvo su génesis en los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, según Concepto 2015123910 de 2015 de la Superintendencia Financiera; y que la obligación de conservar soportes documentales nació con la Circular 016 de 2016.

En último término, señaló que el accionante contaba con plena capacidad llega para decidir el traslado de régimen de pensiones; que el actor también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado

de régimen y sus consecuencias; que el actor contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen, y no lo hizo; que no existe norma legal que establezca la ineficacia de un traslado por ausencia de información completa al afiliado; que no existe debilidad negocial en la relación contractual de afiliación; y que sus actos han estado regidos por el principio de la buena fe.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora I.S.S. hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. realizado el 25 de marzo de 1997, con efectividad a partir del 1° de mayo de la misma anualidad, así como el traslado horizontal efectuado entre fondos, de Porvenir S.A. a Colfondos S.A., realizado el 29 de noviembre de 2011, con efectividad a partir del 1° de enero de 2012, para entender vinculado al demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones.

SEGUNDO. - CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno.

TERCERO. - ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros provenientes de Porvenir S.A. para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información en la historia laboral de la demandante en las semanas de tiempo cotizado.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO. - CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho en derecho a las AFP'S Porvenir y Colfondos, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN (\$1'000.000) DE PESOS MCTE, a cargo de cada una.

En síntesis, refirió que del interrogatorio de parte rendido por el demandante, si bien se logra extraer confesión en cuanto a que le suministraron información del funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que se denota es que la información brindada fue sesgada con el fin de lograr su afiliación.

Adujo que conforme a la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia es carga probatoria de los fondos privados acreditar que informaron de forma objetiva, comparada y transparente al afiliado las consecuencias de su traslado, informándose las características de los regímenes pensionales; que los fondos privados deben allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, siendo insuficiente para tal efecto, la simple suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; y que la anterior doctrina, es aplicable indistintamente de que los afiliados sean beneficiarios del régimen de transición.

Indicó que no obra prueba de que al demandante se le hubiera brindado información de forma objetiva, comparada y transparente por parte de Colfondos S.A.; y que por lo anterior, deben ser trasladados todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del accionante.

Concluyó advirtiendo que recae en cabeza del último fondo privado en donde estuvo el accionante, Porvenir S.A., la obligación de efectuar el traslado de los aportes; que Colpensiones tiene el deber de recibir las cotizaciones y de actualizar la historia laboral del actor; y que la ineficacia de traslado es un hecho y, por ende, es imprescriptible.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

PORVENIR S.A.

Indicó que no se configuró situación alguna de la que se pueda desprender que el traslado del accionante estuvo afectado de ineficacia, puesto que del acervo probatorio no se puede establecer que el traslado de régimen estuvo viciado, cuál fue esa situación que generó que el

demandante se afiliara a un régimen diferente al régimen de prima media, por demás que en interrogatorio de parte confesó que lo que lo llevó a trasladarse de régimen era la situación que estaba afrontando el Instituto de Seguros Sociales en ese momento, además Colfondos S.A. le suministró la correspondiente información acerca de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Explicó que Porvenir S.A. intervino como un tercero de buena fe, el accionante no se encontraba en curso en ninguna prohibición legal para que efectuara un traslado horizontal, debiendo aceptarlo por mandato del artículo 271 de la Ley 100 de 1993; y que aunado a lo anterior, el actor no era un afiliado lego, de manera que tenía el deber de informarse acerca de las consecuencias de su traslado,

Finalmente, adujo que no es dable efectuar la devolución de los gastos de administración, puesto que estos están autorizados por la Ley 100 de 1993, el actor lleva más de 15 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad, genera los rendimientos financieros a favor del afiliado, y cubre los riesgos de invalidez y muerte; y que por lo anterior, se podría generar un enriquecimiento sin causa, pues estos gastos también habrían sido descontados por la administradora de pensiones.

COLPENSIONES.

Expuso que si bien la carga de la prueba recae en cabeza de los fondos privados según la Corte Suprema de Justicia, para el caso no tiene aplicación alguna, ya que está en contravía de la sentencia C-086 de 2016; que el formulario de afiliación está conforme a los presupuestos del artículo 11 y 12 del Decreto 692 de 1994; y que el demandante en su interrogatorio de parte dijo que conocía de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, que decidió trasladarse de fondo privado por la depreciación de sus aportes.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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 éstas 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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., 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.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
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 3°, 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° 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 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”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos

preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no 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 (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 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema

público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La activa se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, pues desde el 22 de octubre de 1981 presenta cotizaciones, según historia válida para bono pensional obrante a folios 48 a 50 **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 25 de marzo de 1997 (fl.32); **iii)** que posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. desde el 01 de septiembre de 2000 (fl.204); y **iv)** que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 04 de junio de 2019, pero le fue negada tal posibilidad por las demandadas (fls. 26 a 31, y 35 a 39).

A folio 32 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 25 de marzo de 1997 con COLFONDOS S.A., el cual, ni siquiera es legible para establecer que la decisión que adoptó el actor lo fue de forma libre, espontánea y sin presiones, afirmación que por demás 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 no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios 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 suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, pues éste se limitó a exponer que el asesor de Colfondos S.A. que le brindó una información muy general, pues únicamente manifestó que éste le dijo que su pensión estaría constituida por aportes y rendimientos, y que se podían realizar aportes voluntarios, aunado a que la situación del I.S.S. era muy compleja, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra derivar que conociera las características de los regímenes pensionales y especialmente el funcionamiento del régimen de prima media, 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 teniendo 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.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las **administradoras** de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, 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 tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se 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.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Jorge Ricardo Suárez Rozo del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolver todos los valores que recibió el fondo privado, incluidas las cuotas o gastos de administración, debe decirse que, 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”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que recibió el fondo privado, incluidos los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión del actor. No obstante, y dado que no se expresó de forma concreta la condena por concepto de gastos de administración, considera necesario la Sala **MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia**, en el sentido de precisar que dentro de los valores objeto de devolución, se encuentran los gastos de administración.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, 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”.*

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **JORGE RICARDO SÚAREZ ROZO**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

V. 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 segundo** de la sentencia, en el sentido de precisar que dentro los valores que a PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES con motivo del traslado de JORGE RICARDO SÚAREZ ROZO se encuentran los **gastos de administración.**

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.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JENNY DEL SOCORRO RAMOS LOGREIRA** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que Colfondos S.A. restituya todos los

valores que hubiere recibido por concepto de la afiliación de la demandante, y que Colpensiones active su afiliación, acepte y reciba los valores devueltos.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. (fls. 94 a 111) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, y la innominada o genérica.

Indicó que el deber de asesoría nació sólo con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de manera que sólo hasta ese momento surgió la obligación de suministrar herramientas financieras que le permitieran a la demandante conocer las consecuencias de su traslado.

Expuso que la decisión de traslado de la accionante fue libre y espontánea; que tienen un procedimiento para que sus asesores comerciales cuenten con las herramientas e información necesaria para que entiendan y transmitan la información sobre las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad a sus posibles afiliados; que informó de manera adecuada y completa a la actora de las condiciones bajo las que opera el régimen de ahorro individual con solidaridad; que lo anterior, se acredita con el formulario de afiliación, en el que cumple con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y contiene la declaración bajo juramento de que el actor se vinculó al fondo de manera voluntaria, libre y sin presiones; y que el accionante no hizo uso del derecho de retracto.

Señaló que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, no

obstante, en el caso, está acreditado que fue deseo de la demandante afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Dijo que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición; que conforme a las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 únicamente pueden trasladarse de régimen en cualquier tiempo, los beneficiarios del régimen de transición que hubiesen acumulado al 01 de abril de 1994, 15 años de servicios; y que por lo anterior, la accionante no contaba con una expectativa legítima de pensión.

En último término, adujo que conforme al artículo 1750 del C.C. el plazo para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 130 a 150), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005), que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política; inexistencia de la obligación de afiliación; error de derecho no vicia el consentimiento; inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez; buena fe; prescripción; presunción de legalidad de los actos jurídicos; y la innominada o genérica.

Indicó que de la prueba documental allegada se puede establecer que la accionante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir de manera voluntaria, consciente, y sin presiones el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.; y que la libertad de escogencia es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, a través del cual el afiliado puede escoger el régimen pensional de su conveniencia.

Expuso que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 limitó la posibilidad de que una persona se trasladara cada cinco años contados a partir de la selección inicial del fondo, estableciéndose en la sentencia C-1024 de 2004, que el afiliado sólo puede trasladarse en cualquier momento si tiene 15 años

cotizados y es beneficiario del régimen de transición, en virtud del principio de sostenibilidad financiera.

Adujo que una vez la accionante seleccionó su régimen pensional, conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, aceptó las condiciones propias de este; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que la actora como consumidora financiera no sólo asume derechos sino que también tiene obligaciones, tales como, informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, y de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia del régimen pensional; que conforme al artículo 1602 del C.C. el contrato celebrado entre las partes es ley para las partes; y que es principio de derecho que quién causa el daño es quien deber repararlo.

En último término, señaló que quien debe asumir la pensión de vejez de la actora, es el fondo privado al que se encuentra afiliado.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (fls. 177 a 226), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Expuso que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre e informada, lo que se puede verificar en la solicitud de traslado N° 0222780 de 1999, documento en el que se puede verificar que la actora seleccionó el régimen de forma libre, espontánea, y sin presiones; y que la demandante ratificó su ánimo de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir nuevo formulario de afiliación con ellos, por demás que permaneció afiliada a dicho régimen más de 19 años.

Indicó que resultaba forzoso que se acreditara la existencia un objeto o causa ilícita si lo que se persigue es la nulidad absoluta de la afiliación de la demandante; que de presentarse alguna nulidad sería relativa, ya que es la que es susceptible de ratificación por el paso del tiempo; que el consentimiento de la actora fue informado, dejándose constancia de tal acto

través de la suscripción del formulario de afiliación; que no está demostrado que la accionante fuera incapaz absoluta o relativa; que de existir un vicio del consentimiento sería el error de derecho, puesto que se desconocerían las implicaciones del cambio de régimen, lo que se encuentra en la normatividad que rige la materia; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que la decisión de la accionante no es resultante de presión o engaño.

Concluyó expresando que la actora no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con un derecho consolidado al momento de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; y que la accionante contaba con 37 años de edad al momento de efectuar su traslado de régimen pensional.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora I.S.S. hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces por Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. realizado el 7 de septiembre de 1999, con efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año, así como la ineficacia del traslado horizontal posterior realizado de la AFP Horizonte S.A. a Colfondos S.A., realizado el 7 de junio de 2000, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones.

SEGUNDO. - CONDENAR a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno.

TERCERO. - ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros provenientes de Colfondos S.A. para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con

prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en las semanas de tiempo cotizado.

CUARTO. – DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO. – CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho en derecho a las AFP'S Porvenir y Colfondos, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN (\$1'000.000) DE PESOS MCTE, a cargo de cada una.

En síntesis, refirió que de los interrogatorios de parte rendidos por la demandante y al representante legal de Porvenir S.A. no se logra extraer confesión.

Adujo que conforme a la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia es carga probatoria de los fondos privados acreditar que informaron de forma objetiva, comparada y transparente al afiliado las consecuencias de su traslado, informándose las características de los regímenes pensionales; que para el anterior fin, es necesario allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, siendo insuficiente para tal efecto, la simple suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; y que por las múltiples reasesorías o traslados de régimen no se convalida o ratifica la decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indicó que el formulario de afiliación suscrito por la demandante con Porvenir S.A. no da cuenta si a la accionante se le suministró la información en los términos indicados por la Corte Suprema de Justicia; que no obra prueba de que a la accionante se le hubiera brindado información de forma objetiva, comparada y transparente por parte de Horizonte S.A., así como tampoco por Colfondos S.A.; que por lo anterior, deben ser trasladados todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante.

Dijo que para que la carga de la prueba recaiga en el fondo privado, no es necesario que el demandante fuera beneficiario del régimen de transición ni que tuviera expectativas legítimas de pensión; que no existe una

convalidación del actor al efectuar diferentes traslados de fondo; que recae en cabeza del último fondo privado en donde estuvo el accionante, Colfondos S.A. tiene la obligación de efectuar el traslado de los aportes, y Colpensiones tiene el deber de recibirlos y de actualizar la historia laboral de la actora.

Concluyó advirtiendo que la ineficacia de traslado es un hecho y, por ende, es imprescriptible.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

PORVENIR S.A.

Indicó que la información que se le brindó a la demandante fue totalmente completa, por demás que siempre ha cumplido con sus obligaciones legales y reglamentarias; que se le está pidiendo a la administradora allegar una documentación que no era requisito y que era inexistente para la época de la afiliación de la accionante; que la actora estuvo afiliada de forma libre y voluntaria sin que expresara ningún tipo de inconformidad o duda respecto de su afiliación, por lo que no se podía prever que era consciente de su decisión; y que conforme a los artículos 1742 y 1743 del C.C. se puede establecer que por el paso del tiempo fue ratificada la afiliación de la actora.

Agregó que el formulario de afiliación es un documento al que no se le puede restar peso probatorio, pues es un documento que se reputa auténtico y no fue tachado de falsedad; y que es la Ley 100 de 1993 la que establece que ante un cambio de régimen pensional, este debe realizarse por escrito, por demás que se encuentra regido por las directrices de la Superintendencia Financiera,

Finalmente, señaló que conforme a la sentencia C-1024 de 2004, la limitación del traslado dentro de los últimos diez años establecida en la Ley 797 de 2003 fue declarada exequible, dado que se podía descapitalizar el sistema de seguridad social en pensiones; que la demandante es una consumidora financiera y el Decreto 2555 de 2010 establece que tiene el deber de informarse de las condiciones del sistema general de pensiones,

aprovechar los mecanismos de divulgación, información, y capacitación, así como leer los términos y condiciones, no obstante, en interrogatorio de parte la actora manifestó que no leyó el formulario de afiliación ni se preocupó del servicio que estaba adquiriendo.

COLPENSIONES.

Expuso que se deben verificar los motivos por los cuales la accionante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las razones de su migración a Colfondos S.A.; y que se debe verificar la veracidad de la declaración rendida por la actora para establecer si se dieron las circunstancias invalidantes del negocio jurídico que celebró con Porvenir S.A.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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 éstas 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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., 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.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
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 3°, 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° 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 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”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo

de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no 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 (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 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: i) La activa se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, pues desde el 06 de septiembre de 1990 presenta cotizaciones, según historia laboral obrante a folios 153 a 159; ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy Porvenir S.A.) el día 07 de septiembre de 1999 (fl.227); iii) que posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 07 de junio de 2000 (fl.50); y iv) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media los días 19 de febrero y 20 de mayo de 2019, pero le fue negada tal posibilidad por las demandadas (fls. 19 a 21, 51 y 52).

A folio 227 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 07 de septiembre de 1999 con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma 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 no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios 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 suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, pues ésta se limitó a exponer que el asesor de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. le dijo que la información que le brindaron fue muy general, que le prometían que los tiempos cotizados al I.S.S. pasarían automáticamente al fondo privado, que no iba a tener detrimento en sus condiciones económicas, y que no contó con ninguna explicación por parte de los asesores de los fondos privados sobre algunas características de los regímenes pensionales, tales como qué era una cuenta de ahorro individual y qué eran los aportes voluntarios, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, con consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalde los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime teniendo 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.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, 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 tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se 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.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Jenny del Socorro Ramos Logreira del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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.”

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por COLFONDOS S.A., ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. No obstante, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, considera la Sala necesario **MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia**, en el sentido de ADICIONAR que dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A., a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se encuentran los **gastos de administración**, recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia 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 aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de 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.

“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».

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP 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, 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 que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, 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».*

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. 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 segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la ineficacia del traslado de JENNY DEL SOCORRO RAMOS LOGREIRA, se encuentran los **gastos de administración**

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.

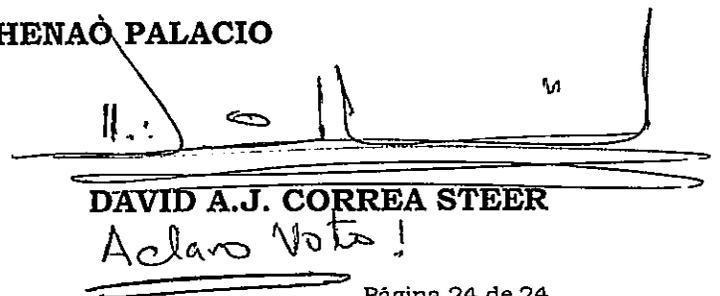
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAÓ PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas de las demandadas, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **ANA MARÍA ÁVILA MATAMOROS** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda la actora pretende se declare la “*nulidad*” que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se tenga como única afiliación válida la realizada

por la accionante a COLPENSIONES, y que PORVENIR S.A. debe devolver la totalidad de los valores que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 60 a 83), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, la innominada o genérica.

Expuso que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía al 01 de abril de 1994 más de 15 años de servicios prestados para que pudiera trasladarse al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; y que la accionante al momento del traslado no contaba con una expectativa legítima de pensión, puesto que al momento del traslado apenas contaba con 27 años de edad.

Indicó que el error que se alega en la demanda no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto de traslado, no es un error dirimente o error nulidad; que no se alegó la nulidad dentro del término de cuatro años que establece el artículo 1750 del C.C.; y que cualquier nulidad se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del C.C., ya que, ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues la accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión.

Manifestó que en los casos en los que la Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia del traslado, es por cuanto las personas que solicitaron tal declaración eran beneficiarios del régimen de transición o tenían una expectativa legítima de pensión, caso en el cual un cambio de régimen les resultaba sumamente gravoso.

En último término, señaló que la declaración de nulidad y/o ineficacia afecta la sostenibilidad financiera, puesto que se impacta el sistema financiero cuando se recibe afiliados en el régimen de prima media sin que éstos hubieran ayudado en la consolidación de su prestación y en la solidaridad propia de este de régimen.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 131 a 146) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Indicó que la accionante se afilió de manera libre y voluntaria, brindándose la correspondiente asesoría de conformidad con lo dispuesto por la Superintendencia Financiera; que sus asesores comerciales reciben permanentemente capacitaciones con la finalidad de brindar una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados, así como para resolver las dudas que a éstos les puedan surgir; y que son enfáticos en señalar que el sistema de ahorro individual pone en cabeza de los afiliados la decisión respecto de su futuro pensional a través de la planeación y el ahorro, lo que implica tener aportes constantes y efectuar cotizaciones voluntarias.

Manifestó que según Circular 2015123910-002 de 2015 de la Superintendencia Financiera el deber de información sólo nació con la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010; que con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, surgió la posibilidad de usar herramientas financieras que permitieran a la actora conocer las consecuencias de su traslado; y que es obligación de los consumidores financieros informarse de los productos que van a adquirir.

Adujo que en el formulario de afiliación se dejó constancia que la afiliación fue libre, espontánea, y sin presiones; que el aludido formulario cumple los requisitos de que trata el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; y que la accionante contaba con el derecho de retracto.

Expuso que no se allega prueba tendiente a demostrar la existencia de engaño o de error; que informaron a través de un periódico de amplia circulación nacional, El Tiempo, las modificaciones que trajo la Ley 797 de 2003, especialmente la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltaren menos de diez años para cumplir la edad pensional; que no está acreditado que el error que se alega sea sobre la especie del contrato o la identidad de la cosa específica; y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Expresó que le corresponde a la parte actora acreditar que la nulidad que se alega, conforme al artículo 835 del C.Co., que establece que quien alegue la mala fe o la culpa de la persona o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho deberá probarlo.

En último término, explicó que no es aplicable el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ya que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, ni gozaba de una mera expectativa de pensión.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - **DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN Y TRASLADO** realizado por la actora con la AFP PORVENIR S.A. el 30 de abril de 2003 contenida en el formulario visible a folio 19 numero 10098413.

SEGUNDO. - **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Igualmente debe incluir todos los gastos de administración y

comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

TERCERO. - **ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.

CUARTO. - **SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

QUINTO. - Se condena en **COSTAS** a los fondos demandados y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar a los usuarios la información de necesaria para que los posibles afiliados puedan hacer juicios claros y objetivos acerca de los fondos de pensiones y escoger las mejores opciones del mercado; que el estatuto financiero establecía los fondos privados el deber de dar a conocer la mayor de información del funcionamiento de los regímenes pensionales en aras de lograr mayor transparencia, señalándose sus características, sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado; y que el deber de información no surge con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, pues estas normas lo único que hicieron fue reafirmar la obligación de los fondos privados de brindar información y asesoría a sus afiliados.

Indicó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, para poder retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo; que es carga del fondo privado acreditar el deber de información por estarse frente a una negación indefinida; que no obra prueba de que a la actora se le hubiera brindado información veraz, clara, completa, comprensible y detallada, por parte de PORVENIR S.A. al momento de efectuarse el traslado de régimen; que es insuficiente para tener por acreditado el deber de información, la suscripción del formulario de afiliación conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia; que la demandante al rendir interrogatorio no incurrió en confesión; y que por lo anterior, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiéndose devolver todos los valores que recibió el fondos privados por concepto de afiliación

debidamente indexados, entre ellos, los gastos de administración, pues estos debieron ingresar el régimen de prima media.

Concluyó advirtiendo que la ineficacia de traslado es una declaración que es conexas al derecho a la seguridad social, derecho que es de rango constitucional, y por ende, irrenunciable e imprescriptible.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES.

Expuso que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de pensión a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para que sea procedente su traslado en cualquier tiempo conforme a la sentencia SU-062 de 2010.

Señaló que la imposibilidad de trasladarse cuando faltan menos de diez años para pensionarse no es una medida caprichosa, por el contrario, obedece a razones de sostenibilidad financiera del sistema, pues con los aportes que se realizan dentro de tal periodo, se garantiza el reconocimiento de las pensiones; y que declararse la ineficacia genera una situación caótica que descapitaliza el sistema pensional, pues origina un perjuicio en las personas que vienen aportado, y los valores que se reciben no alcanzan a suplir vacíos financieros del sistema.

Explicó que no quedó acreditado que la información suministrada a la actora hubiese sido errónea, por demás que el deber de dejar la información documentada surgió con la Ley 1748 de 2014, más aún si se tiene que la demandante tuvo más de 18 años para lograr su asesoría y más de ocho para lograr el cambio de régimen pensional; y que uno de los deberes de los consumidores financieros es que buscar información, y asesoría, con lo que pudo efectuar su retorno al régimen de prima media.

Finalmente, adujo que el error no tiene la fuerza para repercutir sobre la eficacia del acto celebrado entre la actora y PORVENIR S.A.; que no se encuentra demostrada fuerza o el dolo; que operó prescripción, ya que para

solicitarse la rescisión de acto se contaba con un término de cuatro años, conforme al artículo 1750 del C.C.; y que al estar la actora más de 18 años ratificó su consentimiento de permanecer en el fondo privado.

PORVENIR S.A.

Manifestó que para declarar la ineficacia del traslado es necesario analizar cada caso en concreto, conforme a salvamento de voto efectuado por el Doctor Jorge Luis Quiroz Alemán, en la que señaló que el legislador garantizó la libertad de elección del fondo pensional, y que la ineficacia se genera cuando existan actos que atenten contra la afiliación del trabajador; y que el caso la demandante, firmó el formulario de forma libre y voluntaria.

Indicó que no es procedente el traslado de régimen cuando faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional; que era deber de la actora conocer las consecuencias del traslado, conforme a las obligaciones que establece el Decreto 2555 de 2010; y que del interrogatorio de parte se extrae que la actora recibió una proyección pensional, que sabía que su pensión se iba a generar sobre el 110% de sus aportes, que se trasladó de forma voluntaria, y que recibió información sobre rendimientos financieros.

En último término, adujo que los gastos de administración, de conformidad con el criterio de la Superintendencia Financiera de Colombia no se deben devolver, dado que no corresponden al afiliado, son gastos operativos, y su reintegro podría generar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; y que al no hacer parte de un derecho pensional, los gastos de administración no son imprescriptibles.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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 éstas 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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., 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.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
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 3°, 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° 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 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”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no 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 (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Demandante: **ANA MARÍA ÁVILA MATAMOROS.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A.**

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)"

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: i) La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, pues desde el 13 de septiembre de 1990 presenta cotizaciones, según historia laboral obrante en el expediente administrativo; ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 30 de abril de 2003 (fl.147); y iii) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 10 y el 17 de mayo de 2018, pero le fue negada tal posibilidad por las demandadas (fls. 20 a 31 y expediente administrativo).

A folio 147 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30 de abril de 2003 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma 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 no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios 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 suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, pues ésta se limitó a exponer que la asesora de PORVENIR S.A. le brindó una información muy general, pues estuvo en una reunión individual de diez minutos, y únicamente manifestó que ésta le dijo que su pensión sería más alta en contraste con la del I.S.S., que esta entidad se iba a acabar, que se podía pensionar con el 100% o el 110% de lo sus aportes, y que no le explicaron a dónde iban sus aportes ni qué eran los rendimientos, información que a juicio de la Sala además de que es imprecisa, es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que la demandante conociera las características 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.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, 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 tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se 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.

Demandante: **ANA MARÍA ÁVILA MATAMOROS.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A.**

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.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Ana María Ávila Matamoros del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de las demandadas apelantes respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, 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”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes descontados por concepto de gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Al punto, se aclara que es acertada la condena por concepto de indexación de las cuotas de administración, pues ello se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de 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.

“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»”.

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al 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.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, 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”.*

Finalmente, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. 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 lo expuesto 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
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ MARLENE ORDUCH FRENCH** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda la actora pretende se declare la “*nulidad*” que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PROTECCIÓN S.A.** Como consecuencia de lo anterior, solicita que **PROTECCIÓN S.A.** traslade a

COLPENSIONES la totalidad de los valores que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, y que COLPENSIONES reciba tales valores y tenga afiliada a la demandante como si hubiera permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 102 a 129), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, y no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público.

Expuso que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía al 01 de abril de 1994 más de 15 años de servicios prestados para que pudiera trasladarse al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; y que la accionante al momento del traslado no contaba con una expectativa legítima de pensión, puesto que al momento del traslado apenas contaba con 32 años de edad.

Manifestó que en los casos en los que la Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia del traslado, es por cuanto las personas que solicitaron tal declaración eran beneficiarios del régimen de transición o tenían una expectativa legítima de pensión, caso en el cual un cambio de régimen les resultaba sumamente gravoso.

En último término, señaló que la declaración de nulidad y/o ineficacia afecta la sostenibilidad financiera, puesto que se impacta el sistema financiero cuando se recibe afiliados en el régimen de prima media sin que éstos hubieran ayudado en la consolidación de su prestación y en la solidaridad propia de este de régimen.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 154 a 175) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo 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 del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.

Indicó que la accionante se afilió de manera libre y voluntaria, tal y como quedó plasmado en el formulario de afiliación; que el formulario de afiliación cumple con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que a la demandante se le brindó una asesoría de conformidad con los parámetros legales de la época; que para cumplir con sus obligaciones capacita permanentemente a sus asesores comerciales, quienes deben brindar una asesoría clara, completa e integral; que en la asesoría se brinda información de la posibilidad de optar por una pensión en una edad anticipada en contraste con el régimen de prima media, siempre y cuando se logre un monto superior al 110% de un salario mínimo, la garantía de pensión mínima, la procedencia de excedentes de libre disponibilidad, la existencia de un factor herencial del capital acumulado, y las consecuencias de la afiliación.

Adujo que el error de derecho no vicia el consentimiento; que quedó demostrado que a la demandante se le brindó información para que efectuara su correspondiente traslado; que la demandante conocía plenamente la especie u objeto del negocio; y que jamás ha ejercido presión o fuerza para lograr la afiliación de una persona al fondo.

Manifestó que con la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 nació el deber de asesorar e informar a los afiliados, señalándose tan solo con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, la posibilidad de usar herramientas financieras que le permitieran al demandante conocer las consecuencias de su traslado; y que la obligación de conservar documentos que den cuenta del cumplimiento del deber de doble asesoría surgió con la Circula 016 de 2016.

Expresó que la demandante tuvo múltiples oportunidades para retornar al régimen de prima media, sin embargo, no hizo uso de ellas, puesto que la actora no ejerció su derecho de retracto, no se trasladó en los términos que establecía la ley (cinco años de haber efectuado el cambio de régimen pensional, siempre y cuando no le falten diez años para cumplir la edad de pensión en el régimen de prima media), y no migró al I.S.S. en el año de gracia que concedió el Decreto 3800 de 2003.

En último término, explicó que no es aplicable el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ya que la accionante no se encuentra pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición; que para el momento del traslado no era posible establecer el valor que podían tener los rendimientos de la accionante, más aún cuando las tablas de mortalidad fueron cambiadas con la Resolución 3099 de 2015, situación que les era imposible prever; que es obligación de los consumidores financieros informarse sobre los productos que van a adquirir; y que la solicitud de rescisión del contrato tiene un término de cuatro años.

Finalmente, intervino el **Ministerio Público** (fls. 176 a 179), quien propuso como excepción de mérito la que denominó inexistencia de la obligación.

Manifestó que le corresponde a la parte demandada demostrar que documentó la información que brindó a la accionante al momento en que ésta fue efectuó su traslado de régimen pensional; y que la información que debió proporcionar el fondo privado debió ser verdadera, completa, oportuna, eficaz, y profesional respecto de las consecuencias financieras y los riesgos potenciales del traslado.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN Y TRASLADO realizado por la actora con la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. el 03 de octubre de 1997 contenida en el formulario No. 1010300962.

SEGUNDO. - ORDENAR a PROTECCION S.A. a devolver la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Igualmente deben incluirse todos los gastos de administración, comisiones o cualquier otro concepto que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados. Se **ACLARA** que incluye cualquier concepto, como lo es, el porcentaje descontado con destino al fondo de garantía de pensión mínima.

CUARTO (sic)- ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la actora desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO. - SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

SEXTO. - Se condena en **COSTAS** a PROTECCION S.A. y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago.

El despacho exonera de condena en costas a COLPENSIONES.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar a los usuarios la información de manera clara, completa y transparente; que los fondos de pensiones deben tener personal capacitado que permita dar a conocer a los posibles afiliados las características de los regímenes pensionales, y dejar los correspondientes registros para que los interesados tengan elementos de juicio claros y objetivos para escoger las mejores opciones del mercado; que por lo anterior, era deber de los fondos privados suministrar información de las características de los regímenes pensionales, sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado; que la declaratoria de ineficacia de traslado es procedente así el afiliado no se encuentre en el régimen de transición, pues se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado; y

que es carga de los fondos privados acreditar que cumplieron con el deber de información, pues se trata de una negación indefinida.

Indicó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición; que no obra prueba de que se le hubiera brindado información veraz, clara, completa, comprensible, por parte de COLMENA al momento de efectuarse el traslado de régimen; que es insuficiente para tener por acreditado el deber de información la suscripción del formulario de afiliación, que de las declaraciones extraprocesales se logra extraer que la información que se le dio a la accionante no fue veraz; que la demandante al rendir interrogatorio no incurrió en confesión; y que por lo anterior, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiéndose devolver todos los valores que recibió el fondos privados por concepto de afiliación debidamente indexados, entre ellos, los gastos de administración, pues estos debieron ingresar el régimen de prima media.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES.

Expuso que no obra prueba alguna de la existencia de un vicio del consentimiento; que se está frente a un error de derecho que no tiene la fuerza de repercutir sobre la eficacia del acto celebrado por no tratarse de un error dirimente o de nulidad, que es esencial y es el que puede generar la nulidad de la afiliación; que el plazo para pedir la rescisión del contrato es de cuatro años; que hubo una ratificación tácita con la que se convalidó el consentimiento de la accionante de permanecer en el régimen de ahorro individual, pues se ejecutó de manera voluntaria lo establecido en el contrato de afiliación; y que según sentencia C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013, nadie puede resultar subsidiado a costa de lo ahorrado por otros afiliados, pues la actora viene en último momento, sin colaborar en el régimen de prima media, de manera que de resultar procedente la ineficacia de traslado, el régimen de prima media se descapitalizaría, pone en riesgo al sistema general de seguridad social y afecta el principio de sostenibilidad financiera.

PROTECCIÓN S.A.

Manifestó que los gastos de administración, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 es un emolumento que es autorizado expresamente por la ley que consiste en descontar un 3% del aporte; que dicho porcentaje se usa para pagar la prima de seguro previsional, por lo que al declararse la ineficacia de traslado, se estaría incurriendo en un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones, pues estaría recibiendo una comisión que no está destinada a financiar la pensión, por demás que se están devolviendo los rendimientos, por lo que tendría derecho a conservar estas comisiones de conformidad con el principio de las restituciones mutuas conforme al artículo 1746 del C.C.; y que si la consecuencia de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior, no se puede desconocer que los aportes administrados generaron unos frutos y unas mejoras que no se les puede quitar a la administradora.

Finalmente, señaló que la prima de seguro previsional ya fue girada a la aseguradora mes a mes para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por lo que se encuentra imposibilitada para devolvérsela a Colpensiones; que de confirmarse lo anterior, se estaría en presencia de una condena por perjuicios, la que tendría que revisarse a la luz de la normatividad civil con los elementos propios de esta, no obstante, en el proceso no quedó demostrada su existencia ni fue materia de controversia los mismos; y que sobre los gastos de administración y la prima de seguro previsional opera la prescripción.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

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 éstas 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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., 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.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
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 3°, 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° 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.

Demandante: **LUZ MARLENE ORDUCH FRENCH.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y PROTECCIÓN S.A.**

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”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no 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 (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) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3. ¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Demandante: **LUZ MARLENE ORDUCH FRENCH.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y PROTECCIÓN S.A.**

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, pues desde el 23 de septiembre de 1985 presenta cotizaciones, según historia laboral obrante a folios 35 a 39; **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLMENA S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.) el 03 de octubre de 1999 (fl.68); y **iii)** que solicitó

retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 09 y el 16 de noviembre de 2018, pero le fue negada tal posibilidad por las demandadas (fls. 52 a 58, 63 a 67 y 69 a 76).

A folio 68 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 03 de octubre de 1999 con el FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLMENA S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma 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 no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios 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 suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, pues ésta se limitó a exponer que la asesora del FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLMENA S.A. le brindó una información muy general, pues únicamente manifestó que ésta le dijo que su pensión sería más alta en contraste con la del I.S.S. por cuanto sus aportes generaban rendimientos, que el I.S.S. se iba a acabar, y que se podía retirar en cualquier momento, información que a juicio de la Sala además de que es imprecisa, es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que la demandante conociera las características de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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.

Adicionalmente, a juicio se allegó declaración extraprocesal rendida por Yor Mary López Rodríguez, quien informó que laboró con la actora en la empresa Howden Wacolda S.A.; y que en septiembre de 1999 fueron varios asesores comerciales de fondos privados, quienes hacían reuniones generales, y comentaron que el I.S.S. se iba a acabar, que lo más seguro es que no alcanzaran a pensionarse, que la pensión la heredaba no sólo el beneficiario sino también todo el núcleo familiar, que era dable pensionarse con menos semanas en el régimen de ahorro individual, y que en cualquier momento se podían retirar y les devolvían su dinero junto con los rendimientos (fls. 82 a 84); declaración que igualmente resulta insuficiente para establecer que se cumplió con el deber de información por parte del fondo privado, puesto que al igual que el interrogatorio de parte, lo que se extrae es que la información que se suministró a la accionante fue genérica, precaria e imprecisa, pues como se anotó, no acreditó haber dado información de modo que la actora pudiera conocer con exactitud la lógica de ambos sistemas con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado.

En cuanto a que la demandante debía conocer la ley o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado,

profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, 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 tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se 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

Demandante: **LUZ MARLENE ORDUCH FRENCH.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y PROTECCIÓN S.A.**

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.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Luz Marlene Orduch French del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de las demandadas apelantes respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas o gastos de administración y seguros previsionales que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, 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”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes descontados por concepto de gastos de administración y seguros previsionales que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Al punto, se aclara que es acertada la condena por concepto de indexación de las cuotas de administración, pues ello se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de 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.

“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».

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al 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.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, 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”.*

Finalmente, 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 (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. 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 lo expuesto 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.

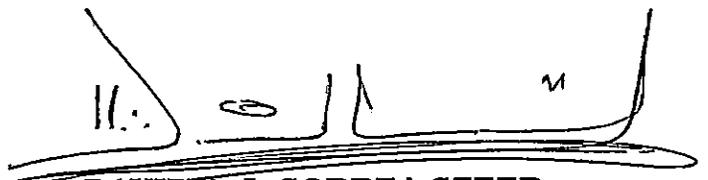
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **DARÍO CALDERÓN ROJAS** promoviese contra **COLPENSIONES COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende se declare la “*nulidad*” y/o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior,

solicita que COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, y que COLPENSIONES reciba tales valores y corrija la historia laboral del demandante como si hubiera permanecido sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 130 a 150), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional e inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Expuso que el accionante escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliado; que cuando efectuó la solicitud de traslado se encontraba dentro de la prohibición legal para que pudiera llevar a cabo su migración de régimen pensional, ya que le faltaban menos de diez años para cumplir la edad de pensión; que el actor no es beneficiario del régimen de transición ni tenía al 01 de abril de 1994 más de 15 años de servicios prestados para que pudiera trasladarse al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; y que el demandante no hizo uso del derecho de retracto.

Indicó que el error que se alega en la demanda no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto de traslado, no es un error dirimente o error nulidad; que no se alegó la nulidad dentro del término de cuatro años que establece el artículo 1750 del C.C.; y que la cualquier nulidad se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del C.C., ya que, ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión.

Manifestó que en los casos en los que la Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia del traslado, es por cuanto las personas que solicitaron tal declaración eran beneficiarios del régimen de transición o tenían una expectativa legítima de pensión, caso en el cual un cambio de régimen les resultaba sumamente gravoso.

Indicó que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, conforme al artículo 167 del C.G.P.; y que la inversión de la carga de la prueba no se constituye como una regla general, sino por el contrario, en cada caso particular debe advertirse su procedencia, de manera que le corresponde a la parte actora acreditar que se incurrió en algún vicio del consentimiento.

En último término, señaló que la declaración de nulidad y/o ineficacia afecta la sostenibilidad financiera, más aún cuando una persona ha dejado de aportar al régimen de prima media por más de 19 años, por demás que la modificación traída por la Ley 797 de 2003, en el sentido de indicar que no se puede trasladar una persona dentro de los diez años anteriores al cumplimiento de la edad, tiene como fin que no se descapitalice el sistema, tal y como se advirtió en sentencia C-789 de 2002.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 152 a 165) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo 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, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Indicó que el deber de asesoría nació sólo con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de manera que sólo hasta ese momento surgió la obligación de suministrar herramientas financieras que le permitieran al demandante conocer las consecuencias de su traslado.

Explicó que la decisión de traslado del accionante es el resultado de una voluntad libre y espontánea; y que sus asesores comerciales reciben capacitación a fin de brindarles a los afiliados herramientas e información necesaria para que entiendan y trasmitan la información sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señaló que el actor al suscribir el formulario de afiliación dejó constancia de que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; que el anterior documento, se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que el actor suscribió de su puño y letra el formulario de afiliación; y que el accionante no hizo uso del derecho de retracto de que trata el Decreto 1161 de 1994.

Adujo que le corresponde a la parte actora demostrar el supuesto engaño u omisión de la información; que no se encuentra demostrado el contrato tuviera un objeto o una causa ilícita; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que el error de hecho vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, no obstante, en el caso, fue deseo del actor afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; y que conforme al artículo 1750 del C.C. el plazo para solicitar la rescisión del contrato de afiliación era de cuatro años.

En último término, explicó que el actor no era beneficiario del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima, por lo que no podría retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media, según sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 179 a 186) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y la innominada o genérica.

Indicó que el deber de asesoría nació sólo con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de manera que sólo hasta ese

momento surgió la obligación de suministrar herramientas financieras que le permitieran al demandante conocer las consecuencias de su traslado.

Adujo que COLMENA tenía un procedimiento de capacitación dirigido a sus asesores comerciales que consiste en darles todas las herramientas e información necesaria para que den a conocer a los posibles afiliados, todas las características del régimen de ahorro individual, a fin de que tomen una decisión con información objetiva, veraz, suficiente y oportuna,

Señaló que el actor al suscribir el formulario de afiliación dejó constancia de que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; que el anterior documento, se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que con lo anterior, se cumplió con las exigencias legales previstas para la época del traslado; y que el demandante no hizo uso del derecho de retracto.

En último término, explicó que al expedirse la Ley 797 de 2003, se informó en un diario de amplia circulación nacional la restricción de trasladarse dentro de los últimos diez años anteriores al cumplimiento de la edad pensional, y el año de gracia que se concedió para que los afiliados efectuaran su traslado; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que el plazo para alegar la rescisión de un contrato es de cuatro años, de conformidad con el artículo 1750 del C.C.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR INEFICAZ la vinculación del actor con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 23 de abril de 1999, contenida en formulario N ° 0160703 y consecuentemente la afiliación del demandante a la AFP ING hoy PROTECCIÓN de fecha 01 de abril de 2000 y a COLFONDOS de fecha 13 de diciembre de 2002 contenida en formulario No. 8212806.

SEGUNDO. - **ORDENAR** a COLPENSIONES a mantener la afiliación del demandante como si nunca hubiese realizado traslado alguno al RAIS.

TERCERO. - **ORDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el actor, dineros que deben incluir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

CUARTO. - **ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante, desde su afiliación inicial al ISS de fecha 20 de Diciembre de 1985.

QUINTO. - Se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PROTECCION S.A y COLFONDOS S.A.

SEXTO. - Se condena en costas a los fondos demandados y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar a los usuarios la información necesaria, para lograr la transparencia en las actividades que realicen, de suerte que les permita tener elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado; que por lo anterior, era deber de los fondos privados suministrar información las características de los regímenes pensionales, sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas de su traslado; y que es carga de los fondos privados acreditar que cumplieron con su deber de información, pues se trata de una negación indefinida.

Indicó que no obra prueba de que al actor se le hubiera brindado información veraz, clara, completa, comprensible, por parte de COLMENA al momento de efectuarse el traslado de régimen; que es insuficiente para tener por acreditado el deber de información la suscripción del formulario de afiliación; y que por lo anterior, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiéndose devolver todos los valores que recibieron los fondos privados por concepto de afiliación debidamente indexados, entre ellos, los gastos de administración, pues estos debieron ingresar el régimen de prima media.

Concluyó advirtiendo que la ineficacia de traslado es una declaración que es conexas al derecho a la seguridad social, derecho que es de rango constitucional, por lo que es imprescriptible.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES.

Expuso que no obra prueba alguna de la existencia de un vicio del consentimiento; que se está frente a un error de derecho que no tiene la fuerza de repercutir sobre el acto celebrado por no tratarse de un error dirimente o de nulidad, que es esencial y es el que puede generar la nulidad de la afiliación; que el plazo para pedir la rescisión del contrato es de cuatro años; que hubo una ratificación tácita con la que se convalidó el consentimiento del accionante de permanecer en el régimen de ahorro individual, pues se ejecutó de manera voluntaria lo establecido en el contrato de afiliación; y que según sentencia C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013, nadie puede resultar subsidiado a costa de otros afiliados, pues el actor viene en último momento, sin colaborar en el régimen de prima media, de resultar procedente la ineficacia de traslado, el régimen de prima media se descapitalizaría, pone en riesgo al sistema general de seguridad social y afecta el principio de sostenibilidad financiera.

PROTECCIÓN S.A.

Manifestó que los gastos de administración, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 es un emolumento que es autorizado expresamente por la ley, por lo que al declararse la ineficacia de traslado y retrotraerse las cosas a su estado anterior, se debería devolver al fondo lo que se recibió de más; y que el artículo 1746 del C.C. es claro en establecer hasta donde van las restituciones mutuas.

Agregó que la ineficacia del traslado se ha establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia frente a personas que gozaban de expectativas legítimas al momento del traslado.

COLFONDOS S.A.

Adujo frente a los gastos de administración y su reconocimiento debidamente indexado, que el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 no establece que hagan parte de los valores que se deben tener en cuenta para liquidar una pensión o de la cuenta de ahorro individual, por lo que tales descuentos se efectúan por mandato legal, no entran a acrecentar el patrimonio del actor, y tienen una destinación específica, garantizar la defensa judicial del fondo, comprar seguros previsionales de invalidez y muerte, y para realizar las inversiones de los aportes para que generen rendimientos.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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 Colpensiones y de la parte actora 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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., 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.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
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	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

Demandante: **DARÍO CALDERÓN ROJAS.**Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, 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° 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 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”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no 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 (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:

“(…) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima

media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)"

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**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, pues desde el 20 de diciembre de 1985 presenta cotizaciones, según historia laboral obrante a folios 54 a 59; **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLMENA S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.) el 23 de abril de 1999 (fl.187); **iii)** que posteriormente

se afilió a COLFONDOS S.A. el 13 de diciembre de 2002 (fl.167); **y iv)** que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el día 29 de noviembre de 2018, pero le fue negada tal posibilidad por las demandadas (fls. 68 a 108).

A folio 187 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 23 de abril de 1999 con el FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLMENA S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma 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 no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios 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 suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, pues éste se limitó a exponer que la asesora del FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS COLMENA S.A. le brindó una información muy general, pues únicamente manifestó que éste le dijo que su pensión sería más alta en contraste con la del I.S.S. y que dicha entidad se iba a acabar, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que el demandante conociera las características de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para el declarante ni, mucho menos, que respalden

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, 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 tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

Demandante: **DARÍO CALDERÓN ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

“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.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Darío Calderón Rojas del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de las demandadas apelantes respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, 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”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Al punto, se aclara que se ordena que es acertada la condena por concepto de indexación de las cuotas de administración, pues ello se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena. Por tanto, y dado que el A Quo omitió tal condena en la parte resolutive de su sentencia, pese a que la advirtió en la parte motiva, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el numeral tercero de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de 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.

“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»”.

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al 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 que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, 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”.*

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. 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 PARCIALMENTE** el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A debe trasladar a COLPENSIONES, los correspondientes gastos de administración debidamente indexados, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00341 -01

Demandante: **DARÍO CALDERÓN ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

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.

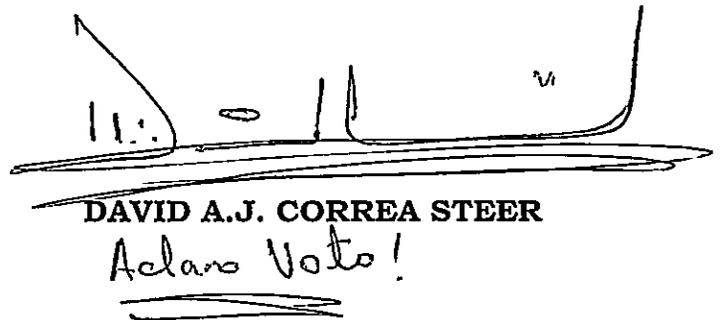
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ EDGAR OSPINA DUQUE** promoviese contra la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA**.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes; y que es ilegal o ineficaz la terminación del contrato de trabajo del demandante por

pretermirse el procedimiento convencional para llevar a cabo su despido. Como consecuencia de lo anterior, solicita su **reintegro** junto con el reconocimiento y pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, y vacaciones dejadas de percibir desde el despido hasta que se produzca el reintegro; indexación; y que las condenas sean liquidadas teniendo en cuenta el salario base de la liquidación final de las cesantías del demandante junto con los factores salariales consagrados en la convención colectiva de trabajo que no hubieren sido incluidos para promediar dicha liquidación.

Subsidiariamente, solicita **indemnización** por despido ilegal e *ineficaz* debidamente indexado; saldo faltante de cesantías e intereses a las cesantías por su irregular liquidación; indemnización moratoria; y que la indemnización sea liquidada teniendo en cuenta el salario base de la liquidación final de las cesantías del demandante junto con los factores salariales consagrados en la convención colectiva de trabajo que no hubieren sido incluidos para promediar dicha liquidación.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que: **1)** Laboró como profesor desde el 01 de febrero de 1994; **2)** Fue despedido junto con otros docentes a partir del 22 de diciembre de 2016; **3)** Era socio activo del Sindicato de Profesores de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia- **SINPROFUAC**; **4)** La causal invocada para la terminación de su vínculo fue el estar disfrutando de una pensión; **5)** El 28 de junio de 2017 en reunión del Consejo Directivo se ordenó la cancelación del contrato de trabajo; **6)** El despido se realizó con evidente violación a la convención colectiva de trabajo y al reglamento de trabajo; **7)** **SINPROFUAC**, inició acción de tutela por el despido colectivo de los docentes pensionados, la cual le correspondió conocer al Juez Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías, quién tuteló los derechos de los trabajadores y ordenó su reintegro; **8)** La decisión del Juez Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías fue revocada por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá; **9)** La prima extralegal de que trata el artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo es salario; **10)** En la liquidación de cesantías e intereses a las cesantías no se tuvo en cuenta la prima extralegal del artículo 9° de la Convención Colectiva de

Trabajo; **11)** El artículo 4° de la Convención Colectiva de Trabajo establece que los contratos de trabajo son a término indefinido; **12)** Su salario mensual era de \$2'236.151; **13)** Las cesantías se pagaron sobre 221 días, por valor de \$1'495.087, por lo que el salario promedio mensual base tazado fue de \$2'435.436; y **14)** Fue pensionado por el I.S.S. el 01 de julio de 2010.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

FUNDACIÓN AUTÓNOMA DE COLOMBIA (fls.217 a 235), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, buena fe, y compensación.

Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, el cargo desempeñado como profesor; la fecha de la desvinculación; ; la afiliación del actor al sindicato SINPROFUAC, la justa causa de terminación del contrato por la calidad de pensionado del actor; que en el reglamento de la comisión de estabilidad se establece que la justa causa debe ser analizada por la comisión de estabilidad; el reintegro del accionante por orden judicial del Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantía, empero que esta decisión se revocó; y el salario promedio del actor de \$2'435.436. Los demás los negó o afirmó que no le constan.

Expuso que el numeral 14 del artículo 62 del C.S.T., y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 establecen como justa causa de terminación del vínculo laboral, el reconocimiento a favor del trabajador de una pensión de jubilación o invalidez.

Indicó que la Convención Colectiva de Trabajo establece que únicamente se debe agotar un procedimiento para despedir cuando se está frente a una "falta", no obstante, pensionarse es un derecho del trabajador, por lo que no era necesario someter el conocimiento de tal situación a la Comisión de Estabilidad, organismo que fue creado convencionalmente para investigar y decidir si se sanciona a un trabajador por haber incurrido en una falta disciplinaria.

Finalmente, explicó que de los docentes a los que les fue terminado su contrato de trabajo con ocasión a su calidad de pensionados, se pasó por alto que Rafael Ernesto Suárez se encontraba amparado por fuero convencional en calidad de representante de **SINPROFUAC** ante la Comisión de Estabilidad, situación que fue corregida mediante comunicación P-2016/517 del 13 de diciembre de 2016, en la que se estableció que por condición especial seguía vinculado.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 10 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió el A Quo, que está acreditada la existencia de un contrato a término indefinido entre las partes que perduró **del 01 de febrero de 1994 al 11 de agosto de 2017**; y que no existe controversia en cuanto a que el salario básico mensual del actor fue de \$2'236.151, y que el salario promedio mensual base tazado para realizar la liquidación final de prestaciones sociales fue de \$2'435.436.

Adujo que se encuentra acreditada la calidad de sindicalizado del actor a la organización sindical **SINPROFUAC**; y que se allegó Convención Colectiva con la respectiva constancia de depósito.

Indicó que de una lectura del Título III de la Convención Colectiva de Trabajo, se puede establecer que la integración de la Comisión de Estabilidad tiene como objeto conocer los procesos disciplinarios por faltas en que incurran los trabajadores; que por lo anterior, únicamente es dable agotar el procedimiento convencional cuando se está frente al incumplimiento de deberes funcionales que puedan llevar a una sanción disciplinaria; que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al ser despedido el actor por el reconocimiento de su pensión, se está frente a una causal objetiva de terminación del vínculo laboral, pues es un hecho ajeno al comportamiento del trabajador; que por lo anterior, no era necesario acudir a la Comisión de Estabilidad, siendo potestad del empleador someter la

terminación del vínculo a dicho comisión; y que de acogerse la posición de la parte actora, se podría llegar al extremo de que si no se incurre en una falta disciplinaria, quedaría inmerso en una situación de inamovilidad de su cargo.

Señaló que la terminación del contrato de trabajo con fundamento en el reconocimiento de una pensión es una causa legal; y que la indemnización por despido sin justa causa procede cuando finiquita el contrato de trabajo por una causa contraria a derecho.

En último término, expresó que consta que al demandante le pagaron su prima legal convencional y que esta se tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, teniéndose un salario superior al básico mensual (\$2'236.151), esto es, la suma de \$2'435.436; y que las cesantías y los intereses a las cesantías se liquidaron de conformidad con el último valor.

4. APELACIÓN

PARTE ACTORA.

Sostiene que al despedir al actor, la demandada violó, tanto el Reglamento de la Comisión de Estabilidad como la Convención Colectiva de Trabajo, ya que no tuvo en cuenta los procedimientos establecidos por las partes en dichos instrumentos; que en dichas normas no se excluye ninguna causal de terminación, de manera que cualquier causal de terminación debió ser conocida por la Comisión de Estabilidad según el artículo 1° del Título III de la Convención Colectiva de Trabajo; que dicha comisión está integrada por un representante de la universidad, un representante del sindicato de trabajadores, y un representante del sindicato de docentes, de manera que, si éstos no se pueden de acuerdo puede pasar a un Tribunal, por lo que hay un verdadero procedimiento que es *sui generis*; y que por lo anterior, el vínculo del actor podía estar vigente hasta que el mismo lo decidiera o existiera una justa causa debidamente comprobada y calificada por el Comité de Estabilidad.

Agregó que el conocimiento de faltas disciplinarias es sólo una de las competencias de la comisión, y tanto es así que de la lectura del artículo 74 (sic), se puede establecer que puede referirse a cualquier causa de terminación del vínculo laboral; que dentro del Reglamento de la Comisión de Estabilidad y la Convención Colectiva de Trabajo no se excluye el conocimiento de la causa por terminación que se alegó contra el actor, es decir, el reconocimiento de su pensión; que la Comisión de Estabilidad escuchó a otros trabajadores pero no lo hizo con el accionante; que en la carta de despido del actor se le dijo que se agotaba el proceso para la terminación de su relación laboral; que existen varias sentencias, en las que la Corte ha ordenado el reintegro por los hechos que aquí se estudian; y que la misma universidad demandó la revisión de la convención colectiva de trabajo, entre ellas la cláusula de estabilidad, lo que implica que la universidad tiene alguna referencia a que debe ser acabada o suprimida por algún medio, lo que se encuentra en trámite.

Señaló que no se tuvo en cuenta que hubo una irregular liquidación final de prestaciones sociales, como quiera que no se promedió la prima de junio y diciembre como salario.

Concluyó expresando que seguramente al trabajador lo necesitaron unos días más para terminar algún programa, pues si bien le finalizaron el contrato de trabajo el 11 de agosto de 2017, le liquidaron hasta el 17 del mismo mes y año, por lo que le quedaron debiendo el correspondiente salario de los días 11 a 17 de agosto.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de noviembre de 2020, 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 cual fue utilizado por el apoderado de la demandada para ratificar su posición.

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.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar en primer lugar si el actor debe ser reintegrado al cargo que venía desempeñando o subsidiariamente debe pagársele una indemnización por despido sin justa causa por no agotarse el procedimiento establecido en el Reglamento de la Comisión de Estabilidad, y la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre **SINPROFUAC** y la demandada; y si hay lugar a reliquidación de sus cesantías e intereses a las cesantías al no incluirse dentro de la liquidación final la prima de junio y diciembre como factor salarial.

REINTEGRO.

Empleadores y asociaciones de trabajadores tienen la posibilidad de dictar normas sobre trabajo que regulen las relaciones de trabajo, y en ese sentido, acordar la posibilidad de que un trabajador sea reintegrado al efectuarse su despido omitiendo el procedimiento que la mismas partes establezcan bien sea en el contrato de trabajo, bien sea en la Convención Colectiva de trabajo, entre otros. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL16811-2017 reiterada en la SL16811-2017, tiene dicho que:

“La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra asidero en el derecho

fundamental a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos colectivos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía y la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, etc., como también para erigir reglas en materia de empleo y gobierno de relaciones empresa y organizaciones de trabajadores.

De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo. Por ejemplo, en sentencia CSJ SL 9561, 6 may. 1997, esta Corte señaló:

(...) Son los convenios colectivos del trabajo fruto del consenso entre los interlocutores sociales, logrado luego de un proceso de negociaciones entre los representantes de los empresarios y del sindicato, federación o confederación, y a pesar de su naturaleza de acuerdo colectivo, tienen una innegable fuerza normativa, equiparable a la de la ley, siendo su finalidad fijar las condiciones de trabajo que han de regir los contratos individuales laborales de los destinatarios del mismo durante su vigencia.

(...) Por lo tanto, las estipulaciones de los acuerdos pueden transitar desde el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y empleo, orientadas a mejorar la calidad de vida, la formación y la igualdad entre los trabajadores, hasta aquellos arreglos encaminados a superar las caídas y las crisis económicas, proteger las fuentes de empleo y permitir la adaptabilidad de las

empresas. Tal sería el caso de las cláusulas relativas al número de personas a contratar, supresión de puestos, traslados, entre otras medidas que dan cuenta del fin genuino de las convenciones colectivas de servir de instrumento de diálogo social para la edificación de relaciones de trabajo constructivas, cooperadas y estables, donde todos los interlocutores sociales puedan crecer y prosperar conjuntamente. (Subrayados por la Sala).

En igual sentido, y en relación con los procedimientos disciplinarios la misma Corporación, entre otras sentencias, en la **SL2351-2020** y en la **SL496-2021**, ha sentenciado que la terminación de un vínculo laboral no es una sanción disciplinaria a menos que las mismas partes lo hubieran acordado:

“Pues bien, sea lo primero señalar que es un tema pacífico la regla que tiene la Corporación en relación con que el despido no tiene carácter sancionatorio, de tal manera que, para adoptar una decisión de tal índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal a) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, las sentencia CSJ SL1524 -2014, CSJ SL 3691-2016 CSJ SL 1981-2019, reiterada en CSJ SL 2351-2020.

En relación con lo anterior, la Corporación ha sido enfática en sostener que el despido no es una sanción disciplinaria y, por consiguiente, para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de la misma, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como, por ejemplo, en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo. (CSJ SL 2351-2020)”.

Así mismo, es necesario recordar que el reconocimiento de la pensión como causal de terminación del contrato de trabajo es una causal objetiva que se encuentra desligada de la conducta del empleado, tal y como lo tiene dicho la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en sentencia SL3108-2019:

“Lo anterior implica, que el principio de la inmediatez u oportunidad que se predica entre la comisión de una falta y la reacción ante la misma por parte del empleador, para sancionar al trabajador o despedirlo en un lapso razonable, so pena de entenderse la misma perdonada o condonada, no es aplicable cuando el despido se basa en el reconocimiento de la pensión en favor del subordinado, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, por lo que, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que se pueda perdonar o condonar”.

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) José Edgar Ospina Duque laboró al servicio de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia **desde el 01 de febrero de 1994 hasta el 11 de agosto de 2017**, contando a partir del 01 de febrero de 1996 con un contrato de trabajo a término indefinido (fls. 32 a 36).
- ii) El actor estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia- **SINPROFUAC** desde su ingreso a laborar, 01 de febrero de 1994, y hasta el 11 de agosto de 2017 (fl.40)
- iii) Al accionante le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución 113014 de 2010 **a partir del 01 de julio de 2010** (fls. 38 y 39).
- iv) El actor devengó para el mes de julio de 2017 la suma de \$2'236.151 (fl.237).
- v) Al accionante se le pagó, por concepto de cesantías, la suma de \$1'495.087, y por intereses a las cesantías, \$110.138 (fl.238).
- vi) Al demandante le fue finalizado el contrato de trabajo a partir del 11 de agosto de 2017, mediante carta del 18 de julio del mismo año, en la que se estableció que se alegaba como justa causa el reconocimiento de su pensión (fl.31).

Pues bien, en el análisis de la prueba recaudada, se advierte que el hecho generador de la terminación del contrato de trabajo se encuentra acreditado con la comunicación visible a folio 31, en la que se dispuso que:

“(...) consciente la Institución de la necesidad de iniciar el relevo generacional, el Consejo Directivo en sesión del día 28 de junio de 2017, Acta No. 1956, teniendo en cuenta la Resolución de Pensión N. 113014 de fecha 2010-07-15 de la Administradora Colombiana de Pensión Colpensiones, reportada activa en el RUAF, aprobó dar por terminado con justa causa el contrato laboral suscrito con Usted, por lo cual surtido el proceso de acuerdo a las normas legales, me permito informarle que la Universidad, dará por finalizado su contrato de trabajo a término indefinido a partir del 11 de agosto de 2017”.

Ahora bien, la parte demandante alega que en su caso, el despido se tornó en injusto, por cuanto estima que era necesario agotar un procedimiento previo para llevarlo a cabo, por existir norma convencional o reglamentaria que obligaba al empleador demandado, razón por la que aspira al reintegro al cargo.

Al respecto, es necesario advertir que se encuentra acreditado que el accionante estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia- **SINPROFUAC** desde el 01 de febrero de 1994, tal y como da cuenta la certificación de folio 40; y que es beneficiario de la Convención Colectiva de 1993 suscrita entre **SINPROFUAC y SINTRAFUAC** con la Fundación Universidad Autónoma de Colombia (convenio que fue allegado con su correspondiente nota de depósito y que se encuentra visible a folios 41 a 63).

Sentado lo anterior, la Sala se remite al artículo 1 del Título III de la Convención Colectiva de Trabajo que dispone:

"TITULO III

NORMAS DE APLICACIÓN GENERAL, APLICABLES A TRABAJADORES DOCENTES Y NO DOCENTES

REGIMEN DE CONTRATACION Y ESTABILIDAD LABORAL

ARTICULO 1ro. ESTABILIDAD LABORAL. La FUAC con el objeto de garantizar la estabilidad para todos y cada uno de sus trabajadores no dará por terminado el contrato de trabajo a ningún trabajador sino por justa causa debidamente comprobada la cual será calificada y resuelta por una comisión de estabilidad integrada de la siguiente manera: dos (2) representantes de la FUAC y dos (2) representantes de los trabajadores, uno designado por el sindicato de profesores SINPROFUAC y otro designado por el sindicato de trabajadores SINTRAUFAC, todos con sus respectivos suplentes.

La presunta falta se comunicará por escrito al trabajador con copia al Sindicato simultáneamente. Esta notificación será personal y deberá hacerse dentro de los quince días siguientes a la ocurrencia de los hechos.

Una vez reunida la comisión de estabilidad, ésta hará las siguientes gestiones para evaluar la presunta falta, citar al trabajador para oírle en descargos. Oído el trabajador, la comisión dispondrá de quince (15) días hábiles para practicar las pruebas solicitadas por las partes. Vencido este término la comisión tendrá ocho (8) días calendario para reunirse y determinar si existe justa causa que amerite el despido del trabajador, si no existiere acuerdo la decisión se hará por voto secreto; de presentarse empate se nombrarán tres (3) árbitros elegidos de la siguiente manera: uno por la FUAC, otro por el Sindicato elegido en forma autónoma y soberana y el tercero saldrá por sorteo de una cuarteta compuesta por dos (2) candidatos de la Fundación y dos (2) candidatos del Sindicato. Estos árbitros devengarán un salario equivalente a dos (2) días de salario mínimo legal vigente diario, pagados por la FUAC y tendrán un plazo de quince (15) días calendario improrrogables para dirimir el conflicto. La decisión tomada en este proceso será de obligatorio cumplimiento para las partes.

El trámite para las faltas graves será el establecido en el artículo 1ro. ya citado, entendiéndose que cuando aparece la palabra Sindicato se refiere a la organización a la cual este afiliado o sea beneficiario el inculcado.

PARAGRAFO 1 El Vicerrector Administrativo será el responsable de hacerle los cargos al trabajador y convocarlo a comisión de estabilidad, si considera que es del caso de acuerdo con la reglamentación que para el efecto establezca la Comisión de Estabilidad. Con la observancia de los procedimientos establecidos en la Convención Colectiva para garantizar el derecho de defensa.

PARAGRAFO 2. Si se pretermitieran los procedimientos anteriores, o el despido fuere injustificado, no surtirá efecto ningún despido, ni sanción y el trabajador será reintegrado en forma inmediata y automática pagándole todos los salarios y prestaciones sociales causadas durante el tiempo cesante.

a)

c) (...)

ARTICULO TRANSITORIO En el término de 90 días contados a partir de la firma de la presente convención, la comisión de estabilidad elaborará un reglamento para su funcionamiento, elaborará de acuerdo con la calificación de las faltas y de la graduación de las sanciones una codificación de las posibles faltas o infracciones al igual que el régimen sancionatorio y el respectivo procedimiento y términos de aplicación y elaborará un manual de procedimientos para los funcionarios de la FUAC que tengan que ver con el manejo de aspectos disciplinarios.

Las decisiones tomadas en virtud de las facultades anteriores harán parte de la Convención Colectiva y se incorporarán automáticamente.

PARAGRAFO TRANSITORIO En el evento de no existir acuerdo en alguno o algunos de los puntos para los cuales fueron facultados pasará a decisión de una comisión conformada por el Presidente, Vicerrector Administrativo de la FUAC y un delegado designado por la organización Sindical.” (Subrayado por la Sala).

Por otra parte, el Reglamento de la Comisión de Estabilidad de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia y los Sindicatos de Profesiones y Trabajadores SINTRAFUAC y SINPROFUAC, establece:

“ARTÍCULO PRIMERO. - La Universidad y los Sindicatos SINTRAFUAC y SINPROFUAC acogen como Reglamento de la Comisión de Estabilidad el trabajo final presentado por la Comisión que se mencionó en el acápite CONSIDERANDO de esta Acta y que regulará todo proceso disciplinario que se trámite para determinar la existencia o no de faltas graves, que las faltas leves como lo dice el reglamento serán de competencia del superior jerárquico inmediato, según el Reglamento Interno de Trabajo”. (Subrayado por la Sala).

“4o. COMPENTENCIA. - La Comisión conocerá de los procesos disciplinarios que se sigan contra todo trabajador docente y no docente de la FUAC.” (Subrayado por la Sala).

“5o. OBJETO. - Establecer y garantizar el debido proceso que regule el funcionamiento de la Comisión de Estabilidad señalando las causales que determinen la iniciación del proceso disciplinario y su decisión bien sea sancionando o absolviendo al disciplinado.” (Subrayado por la Sala).

“6o. LEGALIDAD.- Ningún trabajador podrá ser sancionado si la falta por la cual se le investiga se encuentra previamente determinada en los Acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo, la Constitución Nacional, el Código Sustantivo de Trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo de la Universidad, el contrato de trabajo, la Convención colectiva de trabajo vigente entre la Universidad y los sindicatos de trabajadores docentes y no docentes y al reglamento vigente al momento de la realización del hecho investigado.” (Subrayado por la Sala).

“7o. NATURALEZA. - La Comisión de Estabilidad es un organismo privado creado por la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre los trabajadores y docentes de la Universidad Autónoma de Colombia y la FUAC y tiene como función investigar y decidir sobre las faltas de naturaleza laboral que conllevan a la terminación unilateral del contrato de trabajo vigente entre profesores y trabajadores de la Universidad Autónoma de Colombia o para decidir sobre la imposición de sanción disciplinarias.” (Subrayado por la Sala).

“13o. SESIONES DE LA COMISIÓN. - La Comisión sesionará en forma ordinaria por convocatoria del Vicerrector Administrativo de la Universidad para conocer de la formulación de cargos con el cual se entiende que inicia

el proceso disciplinario y en adelante se reunirá cuantas veces sea necesario hasta agotar las distintas etapas del proceso”. (Subrayado por la Sala).

Al examinar el contenido del artículo 1 convencional, en consonancia con el Reglamento de la Comisión de Estabilidad de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia y los Sindicatos de Profesionales y Trabajadores SINTRAFUAC y SINPROFUAC y, en especial, las normas transcritas aparece que, en efecto, las partes previeron la obligación de que la justa causa fuera calificada y resuelta por una Comisión de Estabilidad previo un procedimiento, pero únicamente cuando era necesario el estudio de una falta, y no como parece entenderlo el impugnante, esto es, cuando se presente cualquier causa de terminación del vínculo laboral, interpretación que resulta razonable. Recuérdese que en casos de similares características la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del SL1189-2015 que reiteró la del 15 de febrero de 2011, Rad. 39394, dijo:

“Además de ello, en lo que a la vía indirecta concierne, ni en la convención colectiva de trabajo (fol. 68), ni en el reglamento interno de trabajo (fol. 187 y ss.), se hizo extensivo el procedimiento disciplinario a la decisión de terminación del contrato de trabajo con justa causa, pues dichos trámites estaban establecidos únicamente para la investigación de faltas y la imposición de sanciones disciplinarias. En este punto cabe reseñar también que esta Sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada que la decisión del despido no puede ser considerada en sí misma como una sanción disciplinaria, frente a la cual el empleador esté obligado a seguir un determinado procedimiento, salvo que se encuentre consagrado de manera expresa en algún instrumento normativo vinculante (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 39394), que, como ya se dijo, no es lo que sucedió en este asunto”.

Así las cosas, se considera acertada la decisión del juez de primera instancia referente a que no era necesario agotar un procedimiento previo a la terminación del vínculo laboral del demandante, puesto que no se encuentra que fuera necesario estudiar una falta que pudiera ser objeto de sanción disciplinaria, pues la causal que se invocó fue el reconocimiento de su pensión de vejez, la que conforme al criterio de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia es una causal objetiva que se encuentra

desligada de la conducta del empleado, es un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador (SL3108-2019).

Por lo anterior, se confirmará la absolución impuesta por concepto de reintegro, y se procederá a estudiar la indemnización por despido injusto.

INDEMNIZACIÓN POR 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 debido 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 el fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, está amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia, entre otras sentencias, en las **SL592-2014, Rad. 431105 y SL2386-2020**.

En el *sub examine* se reitera que el hecho generador del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación visible a folio 31, en la que se dispuso que:

“consciente la Institución de la necesidad de iniciar el relevo generacional, el Consejo Directivo en sesión del día 28 de junio de 2017, Acta No. 1956, teniendo en cuenta la Resolución de Pensión N. 113014 de fecha 2010-07-15 de la Administradora Colombiana de Pensión Colpensiones, reportada activa en el RUAF, aprobó dar por terminado con justa causa el contrato

laboral suscrito con Usted, por lo cual surtido el proceso de acuerdo a las normas legales, me permito informarle que la Universidad, dará por finalizado su contrato de trabajo a término indefinido a partir del 11 de agosto de 2017”.

Por su parte, el empleador acreditó la justa causa con la Resolución 113014 de 2010 visible a folios 38 y 39. Sobre el tópico el numeral 14° del artículo 62 del C.S.T. señala en su tenor literal *“el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”*, disposición que se armoniza con el parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que establece como causal autónoma de extinción del contrato de trabajo, el reconocimiento de la pensión de vejez, así:

“PARÁGRAFO 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel”.

En relación con esta causal, la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-1037-03, expuso que dicho parágrafo era declarado exequible *“siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2509-2017, reiterada en las providencias como las SL3108-2019; SL3146-2020; y SL030-2021, precisó que el reconocimiento de la pensión, como causal para dar por terminado un contrato de trabajo presentaba las siguientes características, a saber:

- i) La causal resulta aplicable en las vinculaciones laborales, tanto del sector privado como del público;
- ii) Para su configuración no solo se requiere el acto de reconocimiento de la pensión sino la efectiva inclusión en nómina de pensionados;
- iii) Puede ser utilizada por el empleador en el momento que considere necesario o conveniente, cuidando de no transgredir el artículo 128 de la Constitución Política en el caso de los servidores oficiales;
- iv) El empleador tiene la facultad de solicitar y tramitar la pensión en nombre de su trabajador; y
- v) Esta causal aplica tanto a quienes devenguen una pensión reconocida por una administradora del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como a los beneficiarios de pensiones del régimen de transición pensional.

Por lo anterior, y dado que se encuentran acreditados los requisitos expuestos, por cuanto que el demandante se encuentra incluido en nómina de pensionados desde el julio de 2010 según la Resolución 113014 de 2010 (fls. 38 y 39); se le notificó su reconocimiento pensional desde el 27 de septiembre de 2010; no está sometido a la regla de la inmediatez y además se observa que el empleador avisó al trabajador con no menos de 15 días la terminación del contrato¹, se considera que no hay lugar al reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa.

**DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE PRESTACIONES SOCIALES.
CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS.**

Revisado el recurso de alzada se evidencia que el apelante centró su inconformidad en que no se tuvo en cuenta para realizar la liquidación final de prestaciones sociales las primas de junio y diciembre como salario.

Al respecto, informó el demandante en el hecho 37 de la demanda:

¹ Art.62: "En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el patrono deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de 15 días"

“La demandada no tazó en debida forma, para la liquidación definitiva del demandante, el promedio salarial base de liquidación, acorde con los factores salariales estipulados en la convención colectiva de trabajo según el texto transcrito en el hecho No. 30 de la demanda”.

De esta manera, la Sala se remite al artículo 9 del Capítulo II del Título II de la Convención Colectiva de 1993, suscrita entre SINPROFUAC y SINTRAFUAC con la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, (fl 55) norma que dispone:

“ARTÍCULO 9. Además de la Prima Legal, la FUAC concederá al año a los profesores de tiempo completo, medio tiempo y tiempo parcial una prima extralegal equivalente a 35 días de salario que se pagará en el mes de diciembre del año respectivo y otra prima extralegal equivalente a 10 días y se pagará en el mes de junio del año respectivo y constituirán salario”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se remite al recibo de pago de nómina de julio de 2017, en el que consta que al accionante le pagaban un salario mensual de \$2'236.151, y que le pagaron por concepto de primas extralegales \$1'601.540 y \$44.487 (fl.237).

Por tanto, y dado que se trabajaron 221 días, se tiene que el accionante tuvo un salario promedio mensual de **\$2'459.593,58**, según la siguiente operación:

-Salarios de 221 días: \$2'236.151 x 7,37 =	\$16'472.979,03.
-Prima extralegales: \$1'601.540 + 44.487=	\$ 1'646.027,00.
-Total:	\$18'119.006,03.
-Salario promedio: \$18'119.006,03/7,37=	\$ 2'459.593,58.

Así las cosas, por cesantías se debió reconocer la suma de \$1'509.917,17, no obstante, se reconoció la suma de \$1'495.087, por lo que es dable reconocer la diferencia que equivale a **\$14.830,17**.

Cesantías= \$2'459.593,58 * 365 /221= \$1'509.917,17

Diferencia= \$1'509.917,17 - \$1'495.087 = \$14.830,17

Así mismo, y en relación con los intereses sobre las cesantías, tenemos que se debió reconocer la suma de \$181.190,06, por lo que, al reconocerse por parte de la demandada la suma de \$110.138, se debe pagar una diferencia de **\$71.052,06**.

Intereses a las cesantías= \$1'509.917,17 x 12%= 181.190,06

Diferencia= \$181.190,06 - \$110.138 = \$71.052,06.

De esta manera, se le adeuda al trabajador la suma la de **\$85.882,23**, por lo que se REVOCARÁ la sentencia y en su lugar se CONDENARÁ a la demandada a reconocer y pagar la suma aludida por concepto de saldo faltante de cesantías en intereses a las cesantías en la liquidación final de prestaciones sociales.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA E INDEXACIÓN.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador y consiste en el pago de una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, según las voces del artículo 65, inciso 1° del C.S.T.

Sobre el tópico, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias , como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede imponer de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se aprecia 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 03 de julio de 2013, **Rad. 40509** y la **SL1005-2021**).

En el plenario, encontramos que no se adeudan salarios por parte del empleador, y que éste pese a que cometió un yerro en la liquidación final de prestaciones sociales, no se evidencia que hubiera tenido el ánimo de incumplir las obligaciones laborales que como empleador le correspondían, pues a juicio de la Sala pagó lo que consideró deberle al trabajador y liquidó las prestaciones sociales teniendo inclusive un monto por encima del salario básico mensual del trabajador, esto es, la suma de \$2'435.436.

Pese a lo anterior, se ordenará el saldo por concepto de cesantías e intereses a las cesantías debidamente indexado al momento de hacerse efectivo su pago, dado que tales rubros se ven sometidos a depreciación monetaria, por la pérdida del poder adquisitivo del dinero (sentencias SL194-2019 y SL3397-2020).

IV. COSTAS

Sin costas en esta instancia. Las de primera se imponen a la parte demandada.

V. 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** la sentencia. En su lugar, se dispone:

- A. CONDENAR** a la Fundación Universidad Autónoma de Colombia- FUAC a reconocer y pagar a José Edgar Ospina Duque la suma de **\$85.882,23**, debidamente **indexado** al momento en que se haga efectivo su pago, por concepto de saldo faltante de cesantías e intereses a las cesantías en la liquidación final de prestaciones sociales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00057 -01

Demandante: **JOSÉ EDGAR OSPINA DUQUE**

Demandado: **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA**

B. ABSOLVER a Fundación Universidad Autónoma de Colombia- FUAC de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia. Las de primera se imponen a la parte demandada.

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.

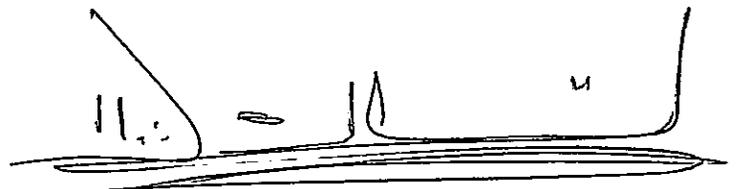
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las providencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 parte demandada contra el auto proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **IRMA LUCIA ALDANA MENDOZA** promoviese contra **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES GEOMA S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 19 de abril y el 06 de agosto de 2018. Como consecuencia de lo anterior, se solicita el pago de los seis días de salario de agosto de 2018, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, aportes a pensión, sanción moratoria por no pagarse los aportes a pensión, e indemnización por despido indirecto.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones la demandante narró que: **1)** Se vinculó el 19 de abril de 2018 para desempeñar el cargo de Profesional de Proyectos; **2)** El último salario pactado fue la suma de \$2'500.000; **3)** El contrato de trabajo terminó como consecuencia del incumplimiento reiterado en el pago de salarios por parte de la demandada; **4)** Laboraba bajo

Demandante: **IRMA LUCIA ALDANA MENDOZA**

Demandado: **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES- GEOMA S.A.S.**

continua subordinación y dependencia de la accionada, cumplía horario de trabajo, recibía órdenes; **5)** Le efectuaban descuentos a seguridad social, pero nunca se pagó; y **6)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto del 21 de octubre de 2019 se tuvo por **NO CONTESTADA** la demanda por parte de **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES GEOMA S.A.S.** (fl.64).

El apoderado de la parte demandada interpuso **incidente de nulidad**. Manifestó que la situación fáctica para tener por notificado a **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES GEOMA S.A.S.** se cimentó en un hecho que realmente no aconteció, pues no obra en el plenario el poder calendarado el 21 de agosto de 2019; que pese a que participó en la audiencia del 21 de julio de 2020, para tal fecha no conocía el proceso, pues el poder apenas le fue reconocido el 17 del mismo mes y año; y que por lo anterior, se configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P. (fls. 70 a 72).

4. PROVIDENCIA RECURRIDA.

El juzgado de conocimiento en audiencia del 24 de agosto de 2020 declaró no probada la nulidad solicitada por el apoderado de la demandada, en la medida que, se encontraba saneada, dado que la parte que pudo interponer la nulidad no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla, ya que el apoderado de la parte demandada nada dijo frente al auto que decidió programar la fecha de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., y que participó en la audiencia aludida reconociéndosele personería sin que hiciera manifestación alguna.

El A Quo agregó que el apoderado de la pasiva no solicitó el expediente, pese a que desde el 17 de julio de 2020 contaba con poder, esto es, con anterioridad a la audiencia del día 21 de julio de 2020; y que sí se configuró la notificación por conducta concluyente, puesto que obra comunicación a folio 50 en la que consta que la demandada conocía el proceso, lo que se ratifica con el trámite de notificación efectuado a la sociedad accionada.

5. APELACIÓN

GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES GEOMA S.A.S.

Dijo que es vital la notificación de la primera actuación, como lo es, la demanda, puesto que es la que permite conocer el proceso y comparecer a

él; y que el artículo 29 constitucional establece que cualquier persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa con un apoderado, lo que indica el derecho que tiene la demandada ser representada por un abogado.

Señaló que si la parte no conoce el proceso ¿cómo va a saber la circunstancia que precisamente lo hace nulo?, ¿cómo va a saber que existe un auto que lo tuvo notificado por conducta concluyente?; que lo primero que hizo como apoderado fue solicitar las copias del proceso y, hasta tanto no las obtuvo, no se pudo percatar de la nulidad, pues era imposible verificar el proceso porque no lo habían entregado; que incluso en caso de no lograrse notificar a la demandada, la obligación del juzgado era la de nombrarle un Curador Ad Litem; que el poder con el cual se dio por notificado por conducta concluyente a la demandada, no existe, ese correo lo dirigió la misma accionante; que en ninguna actuación se establece que la demandada conocía la demanda; y que no se ha buscado dilatar el proceso, por el contrario, si existe alguna duda al respecto, el juez tiene los poderes de ordenación para verificar lo que necesario para aplicar las consecuencias pertinentes.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo 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 demandante.

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.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si deviene en nulo el presente proceso por presuntas irregularidades en el auto que tuvo por notificado al demandado por conducta concluyente.

NULIDADES PROCESALES.

La notificación, entendida como el acto mediante el cual se pone en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las providencias que se producen dentro del proceso, resulta trascendental; de un lado, para garantizar los derechos de defensa y contradicción, y por el otro, como presupuesto de la tutela judicial efectiva, el esclarecimiento de la verdad y el desarrollo de los principios de celeridad y eficacia de la función judicial.

Como tal, las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente–, les ha atribuido la consecuencia de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.

Las causales de nulidad se encuentran enumeradas en el artículo 133 del C.G.P., disposición que a la letra reza:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.
4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.
5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.
6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.
7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera

de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.

Por su parte, el artículo 136 del C.G.P. establece cuando se presenta el saneamiento de la nulidad, lo que señala en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 136. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.
2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.
3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.
4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

PARÁGRAFO. Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables”.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en auto del 21 de junio de 2017, Rad. 74506, reiterado en las providencias AL4429-2019 y AL1694-2021, explicó que tres son los postulados que rigen las nulidades adjetivas, a saber: la especificidad, la protección, y la convalidación:

“De conformidad con el Código General del Proceso, tres son los postulados que rigen el tema de las nulidades adjetivas, el de **especificidad, el de protección y el de convalidación.** El primero reclama un texto legal que reconozca la causal, al punto que el proceso sólo se considera nulo, total o parcialmente, por los motivos taxativamente consagrados como tales. Por esto, el artículo 135, inciso 4° del citado estatuto establece que el juez

Demandante: **IRMA LUCIA ALDANA MENDOZA**

Demandado: **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES- GEOMA S.A.S.**

«rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo»; **el segundo**, guarda relación con la legitimidad y el interés que pueda tener la parte que invoca la causal de nulidad, pues debe alegar y demostrar que la decisión genera en su contra un perjuicio, según el precepto antes citado, que en su inciso 1º, prevé que quien la invoca «deberá tener legitimación para proponerla», de tal suerte que aunque se configure la causal, si esta no lo perjudica, de nada sirve alegarla; y **el tercero**, relacionado con la convalidación, que corresponde a la posibilidad de saneamiento, expreso o tácito, por no ser alegado el vicio por la parte afectada.

En ese orden, sólo pueden proponerse las nulidades contempladas en el artículo 133 del Código General del Proceso, que son aplicables en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a falta de disposiciones propias en este ordenamiento procesal; no obstante, también se ha dicho que puede invocarse la nulidad constitucional prevista en el artículo 29 Superior, por violación del debido proceso.

Asimismo, el artículo 134 del Código General del Proceso establece que «las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella»; de modo, que las nulidades procesales de las que conoce la Corte son única y exclusivamente aquéllas que puedan predicarse del trámite o actuación surtidos con ocasión del recurso extraordinario de casación, en tanto, las que se hubieren podido generar en las instancias deberán alegarse en su oportunidad, ante la respectiva instancia, tal como lo ordena la norma en cita»

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) El 25 de abril de 2019 se admitió la demanda (fls.33 y 34).
- ii) El 13 de agosto de 2019 se envió citatorio de notificación personal, el que fue recibido por la demandada, según certificación de Interpostal S.A.S. (fl.56).
- iii) El 21 de agosto de 2019 fueron radicados en el Despacho los siguientes documentos: correo remitido el 01 de marzo de 2019 a la demandante, en el que se pone de presente que se efectuó el pago de su liquidación; el citatorio para notificación personal; y un escrito del 16 de agosto de 2019, en el que el representante legal del demandado da cuenta que recibió el citatorio y que se efectuó un pago por concepto de honorarios, pero que la cuenta bancaria suministrada por la demandante se encontraba bloqueada, de manera que se debía suministrar una nueva cuenta bancaria (fls. 50 y 51).

Demandante: **IRMA LUCIA ALDANA MENDOZA**

Demandado: **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES- GEOMA S.A.S.**

- iv) El 11 de septiembre de 2019 se profirió un auto a través del cual se tuvo por notificado por conducta concluyente a la demandada, dado que se allegó poder por parte de ésta (fl.62).
- v) El 06 de noviembre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda (fl.64).
- vi) El 27 de febrero de 2020 se celebró la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., en la que no existe constancia de comparecencia de la parte demandada (fls. 65 a 68).
- vii) El 21 de julio de 2020 se dio inició a la audiencia de que trata el artículo 80 del C.P.T. y de la S.S., en la que el apoderado de la demandada solicitó, en virtud de que le había sido otorgado poder el 17 de julio de 2020 y en la medida que el representante legal padecía de una incapacidad por una migraña no especificada, la reprogramación de la audiencia, a lo que accedió el juez de instancia (fl.73).
- viii) Conforme memorial de solicitud de nulidad el 21 de julio de 2020 solicitó copia del proceso, la que le fue entregada al día siguiente. Posteriormente presentó la nulidad (fls.70 a 72).

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, y concretamente frente al punto de apelación de la activa, se advierte que para que se presente una nulidad, es necesario verificar previamente si se cumplen con los postulados que rigen la materia, esto es, la especificidad, la protección, y la convalidación.

En relación con la **especificidad**, encontramos que el apelante invoca como causal de nulidad la del inciso 8° del artículo 133 del C.G.P. que señala:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

- 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código (...).”

En el caso en estudio, quedó visto que a la accionada se le tuvo por notificada por conducta concluyente, no obstante, se alega que no se practicó en legal forma la notificación, al cimentarse la nulidad en un hecho que no aconteció como fue allegarse un poder al proceso.

Ahora bien, y en relación con la **protección**, la Sala considera que el apoderado de la demandada se encuentra legitimado para proponer la nulidad, como quiera que en el trámite del proceso al demandante se le tuvo notificado por conducta concluyente, se le contabilizó el correspondiente término para contestar demanda como si se hubiera notificado personalmente, se le tuvo por no contestada la demanda, y el apoderado asumió el proceso en el estado en el que se encontraba; escenario que podría generarle un perjuicio al accionado, al no haber podido efectuar su defensa oportunamente.

En lo que atañe a la **convalidación**, considera la Sala que contrario a lo expuesto por el impugnante si obró su saneamiento, ya que aconteció lo dispuesto en la causal del numeral 1° del artículo 136 del C.G.P., esto es, *“cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla”*, en la medida que, el apoderado de la parte actora solicitó la reprogramación fijada para el día 21 de julio de 2020, y actuó en la misma, reiterando su solicitud de que se reprogramara la audiencia, como quiera que su poderdante se encontraba incapacitado y sólo el día 17 de julio de 2020, un día hábil antes, le había sido otorgado poder para actuar; reprogramación a la que el juez de instancia accedió en consideración a la situación de incapacidad en la que se encontraba el accionado.

De esta manera, la Sala considera que el hecho de que el apoderado de la demandada hubiese petitionado la reprogramación de la audiencia de que trata el artículo 80 del C.P.T. y de la S.S. y hubiese actuado en esta, son actos desplegados con los que convalidó la actuación surtida por el juzgado de primera instancia, pues actuó sin proponer la correspondiente nulidad. Asimismo, debe destacar la Sala que no es justificable su actuación en la falta de conocimiento del expediente, pues la solicitud de este se pudo realizar antes de solicitar la reprogramación de la audiencia, con anterioridad a la celebración de esta e, inclusive, en el desarrollo de la misma, no obstante, el apoderado se abstuvo de realizar tal pedimento, pues no existe constancia en el expediente de tal requerimiento, en la audiencia del 21 de julio de 2020 no hizo alusión al mismo y, por el contrario, del memorial a través del cual se solicitó la nulidad, se lograr entender que sólo fue cuando se clausuró tal audiencia, que mediante correo electrónico solicitó el correspondiente expediente (fls. 70 a 72), nótese como en este memorial narra que petitionó el expediente con posterioridad a la reprogramación de la audiencia, acto que se efectuó en la misma audiencia del 21 de julio de 2020:

Demandante: **IRMA LUCIA ALDANA MENDOZA**

Demandado: **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES- GEOMA S.A.S.**

“TERCERO: Por escrito entregado previamente al inicio de la audiencia y de forma oral al iniciarse la audiencia, solicité su reprogramación aduciendo una incapacidad médica de mi representado para intervenir, y además por cuanto el suscrito aun no conocía el proceso debido a que solo un día hábil atrás me había sido otorgado poder. La audiencia fue reprogramada para el 28 de julio de 2020.

CUARTO: Mediante correo electrónico del 21 de julio de 2020, solicité al Juzgado copia del expediente la cual me fue entregada al día siguiente, julio 22 de 2020, por el mismo medio”.

Adicionalmente, y en gracia de discusión es menester advertir que la Sala no encuentra que se hubiera constituido la nulidad que se alega por una indebida notificación, pues si bien en el auto en que se tuvo por notificada por conducta concluyente a la demandada se establece que en el proceso obraba un poder, lo cierto es que sí se encuentra un escrito remitido por el representante legal de la demandada del que se deduce el conocimiento que tenía acerca de la existencia del proceso, en este mencionó:

“Reciba un cordial saludo de parte de GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES S.A.S. (en adelante Geoma), por medio de la presente queremos notificar que de acuerdo a la citación enviada el 12 de agosto de 2016 en la cual solicita una citación de forma inmediata o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la entrega de dicha citación en la dirección del Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, convocada con la Señora Martha Isabel Molano Acosta apoderada de la parte demandante para el pago de honorarios o servicios prestados para nuestra compañía”

De esta manera, se considera que era dable tener por notificado al demandado por conducta concluyente. Al respecto, el artículo 301 del C.G.P. señala:

“ARTÍCULO 301. La notificación por conducta concluyente **surte los mismos efectos de la notificación personal.** Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o **la mencione en escrito que lleve su firma,** o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal (...). (Negrillas por la Sala).

Así mismo, y de conformidad con la norma transcrita, la notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal, de manera que con el escrito era dable tener por notificado al accionado, y en ese orden de ideas, efectuar la correspondiente contabilización de términos, más aún cuando en la providencia a través de la cual se le tuvo notificado por conducta concluyente se estableció *“Por Secretaría envíese una copia de la presente providencia a la dirección*

Demandante: **IRMA LUCIA ALDANA MENDOZA**

Demandado: **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES- GEOMA S.A.S.**

electrónica de la demandada”, de modo que no sólo tuvo conocimiento de la existencia del proceso sino también del auto que lo tuvo por notificado por conducta concluyente.

Finalmente, no sobra advertir que no era procedente que a favor de la demandada se nombrara Curador Ad Litem y se efectuara su emplazamiento, pues no se ignoraba su domicilio, fue hallado, y no se impidió la notificación, por el contrario, en el asunto, se tenía certeza de dónde se encontraba domiciliada **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES S.A.S.**, dado que se logró entregar y que leyera el correspondiente citatorio, tal y como da cuenta la certificación de INTERPOSTAL S.A.S. obrante a folio 56. Asimismo, al remitirse por parte del representante legal de la demandada a la demandante un escrito el 01 de marzo de 2019, del que se extrae el conocimiento que tenía del proceso, como se dijo, la notificación que operó fue por conducta concluyente, que se reitera surte los mismos efectos de la notificación personal, por manera que no era procedente efectuar el envío de un aviso, al tenerse por notificada a la demandada. Al respecto, el artículo 29 del C.P.T. y de la S.S., dispone:

“ARTÍCULO 29. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR AD LITEM Y EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO. <Artículo modificado por el artículo 16 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando **el demandante manifieste bajo juramento**, que se considera prestado con la presentación de la demanda, **que ignora el domicilio del demandado**, el juez procederá a nombrarle un **curador para la litis** con quien se continuará el proceso y **ordenará su emplazamiento** por edicto, con la advertencia de habersele designado el curador.

El emplazamiento se efectuará en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 318 del Código del Procedimiento Civil y no se dictará sentencia mientras no se haya cumplido.

Cuando el demandado **no es hallado o se impide la notificación**, también se aplicará lo dispuesto en los incisos anteriores, previo cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. **En el aviso se informará** al demandado que debe concurrir al juzgado dentro de los diez (10) días siguientes al de su fijación para notificarle el auto admisorio de la demanda y **que si no comparece se le designará un curador para la litis**”.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la providencia venida en apelación.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00163 -01

Demandante: **IRMA LUCIA ALDANA MENDOZA**

Demandado: **GEOMÁTICA Y MEDIO AMBIENTE CONSULTORES- GEOMA S.A.S.**

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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 providencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta providencia se notificará por ESTADO VIRTUAL elaborado por la Secretaría de esta Sala.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2018-00524 -01

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **ARMANDO BONILLA HORTUA** promoviese contra la **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-PROPARTES S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes; que se declare que el actor devengaba un salario variable; que la demandada modificó unilateralmente el contrato de trabajo en cuanto a los porcentajes

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

que se pagaban como comisiones a la venta y recaudo; que el contrato fue terminado unilateralmente por causas imputables al empleador; y que se omitió pagar prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social de acuerdo al salario variable que el demandante devengaba. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa; la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las comisiones pagadas y las causadas del 4%; indemnización moratoria; e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que: **1)** Fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido el 03 de diciembre de 2001, para desempeñar el cargo de Representante de Ventas; **2)** Se pactó un salario básico de \$100.000 pagaderos el día 15 de cada mes, más una comisión en los siguientes términos: un 4% según relación sin incluir IVA hasta 60 días, entre 60 y 75 días una comisión del 1,73%, y sin comisión después del día 75 o cuando el cheque sea devuelto por causa del proveedor y éste se demore en cancelar; **3)** En mayo de 2013, unilateralmente el empleador modificó las condiciones salariales, estableciendo que las comisiones causadas entre el día 1° y 69 de recaudo efectivo de la cartera, la demandada pagaría una comisión del 2,70%; **4)** Durante los primeros siete meses del año 2013, desempeñó funciones de Asesor Comercial y Jefe de Lubricantes, devengando en promedio \$2'625.280; **5)** A partir de noviembre de 2015, el empleador nuevamente modificó unilateralmente el contrato respecto a las condiciones salariales, estableciéndose una comisión del 2,5% independientemente del recaudo efectivo de la cartera; **6)** En junio de 2016 le fue reasignada su zona de trabajo, lo que generó una disminución ostensible en sus ventas; y **7)** El 28 de marzo de 2017 presentó renuncia por razones imputables al empleador, esto es, por el incumplimiento en el pago de comisiones en los porcentajes pactados y la modificación unilateral de sus condiciones laborales.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

PROPARTES S.A.S. (fls.200 a 212), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de obligaciones laborales a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe del empleador, inexistencia de las obligaciones demandadas, temeridad y mala fe, imposibilidad de interpretar el caso a favor del demandante, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mis representados y a favor del demandante.

Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo, a término indefinido, la fecha de inicio del mismo, ; el cargo de Representante de Ventas; que le fue reasignada su zona de trabajo en junio de 2016; y la renuncia por parte del trabajador. Los demás los negó.

Finalmente expuso que durante el transcurso de la relación laboral, la empresa fue testigo de los cambios que a nivel estructural y organizacional sufrió el área comercial de ventas, a fin de fortalecer tal área y dar sostenibilidad a la empresa; que por lo anterior, se hicieron modificaciones a los contratos de trabajo a través de otro sí, los que fueron promulgados por la empresa a través de la oficina de gestión humana; que lo anterior, tenía como objeto incrementar las ventas y, por ende, los ingresos de los trabajadores; y que después de tal cambio, el accionante laboró para la empresa cuatro años más, sin que se hubiera recibido queja o comentario de su parte.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

En síntesis, luego de referir que es salario todo lo que percibe el trabajador como contraprestación de sus servicios; el A Quo concluyó que al momento de celebrarse el contrato de trabajo del 03 de diciembre de 2001, las partes pactaron un salario básico de \$100.000 más el reconocimiento de unas comisiones por ventas, pagaderas así: un 4% la que se recaude hasta el día 60, 1,75% de la cartera que se recaude del día 61 al día 75, y 0% los valores que se recuperaran con posterioridad del día 75 o cuando el cheque fuera devuelto; que el 02 de mayo de 2013 se modificó el esquema salarial, estableciéndose un salario básico de \$500.000 y unos porcentajes por recaudo de ventas del 0,50% al 2,7%; que si bien el demandante manifestó estar en oposición al cambio del esquema salarial, lo cierto es que no se encuentra soporte probatorio de que sus inconformidades hubiesen sido elevadas a sus superiores; y que por lo anterior, es dable considerar que el demandante consintió en su forma de remuneración.

Manifestó que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, nada impide que el empleador modifique las condiciones salariales del trabajador, siempre y cuando no afecte su mínimo legal y éste no presente inconformidad; que con el cambio de esquema salarial de 2013, no se encuentra un menoscabo claro y palmario en el salario del actor, pues la conformación de su remuneración dependía de un hecho incierto como eran la ventas efectuadas por él; que en todo caso, no está acreditada la antigüedad de la cartera a fin de establecer de forma certera la existencia de un menoscabo a cargo del trabajador por el cambio de esquema salarial, por demás que obran comparaciones allegadas por la demandada, en las que se establece que el cambio en el modelo de comisiones lo benefició al contar con una mayor remuneración global al tener una diferencia a favor de \$4'496.777; que no se debe escindir el modelo salarial, para ser aplicado únicamente en lo que los periodos que le beneficia al trabajador; que en interrogatorio de parte se aceptó que el nuevo modelo salarial le generó al trabajador un mayor salario; y que dicho acuerdo se encuentra convalidado al suscribirse otro sí al contrato de trabajo el 01 de noviembre de 2015, el que no fue desconocido ni tachado de falso, por el contrario, aparece suscrito por el accionante.

Indicó que el empleador se encontraba facultado en virtud del principio del *ius variandi* para modificar la zona en la que el accionante prestaba sus servicios; que conforme a criterio de la Corte Suprema Justicia se debe analizar cada caso en concreto; que en el asunto, el empleador salvaguardó las comisiones que venía devengado el trabajador por el cambio de zona, así como su salario básico; y en ningún momento el accionante recibió una suma inferior al salario mínimo legal mensual al vigente al sumarse el salario básico y el variable.

En último término, consideró que no hay lugar a indemnización por despido indirecto, ya que le asistía al trabajador la carga de acreditar la justa causa en la terminación de su contrato de trabajo; no obstante, el motivo que alegó fue las modificaciones salariales efectuadas por su empleador, las que según interrogatorio de parte le generaron inconformidad desde tres o cuatro años atrás, por lo que no se encuentra acreditado el requisito de la inmediatez; y que, aunado a lo anterior, no existe medio probatorio del que se pueda establecer que el actor nunca estuvo de acuerdo con sus modificaciones salariales.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de **consulta**.

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 cual no fue utilizado por los apoderados de éstas para exponer los argumentos que dan pie a las pretensiones y a los medios exceptivos.

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.

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la demanda la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si el actor tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las comisiones pagadas y las que se debieron calcular teniendo en cuenta un porcentaje de comisión del 4%; y si hay lugar a reconocer una indemnización por despido indirecto al modificar el empleador el esquema salarial que se encontraba devengando el accionante.

MODIFICACIÓN DEL ESQUEMA SALARIAL Y DE LA ZONA DE TRABAJO DEL ACCIONANTE.

Las condiciones laborales en un contrato de trabajo pueden ser modificadas por mutuo acuerdo entre las partes o unilateralmente por parte del empleador siempre y cuando no afecten la dignidad del trabajador.

La modificación por mutuo acuerdo se presenta cuando el empleador y el trabajador deciden, de manera conjunta, cambiar las condiciones del contrato de trabajo, de manera que el convenio al que arriben se constituye en ley para las partes.

Dicho acuerdo puede ser expreso o tácito, último caso en el que hay que estudiar si existió o no reparo del trabajador frente al cambio de sus condiciones laborales por parte del empleador. Al respecto, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de junio de 2005, rad. 24240, reiterada mediante la sentencia SL16153-2017 expresó:

“Observa la Sala, que fueron varias las conclusiones que llevaron al Tribunal a la revocatoria de las condenas impuestas; unas de carácter jurídico y otras puramente fácticas. En su razonamiento sostuvo: 1) la ley faculta a las partes de una relación contractual, para que de mutuo acuerdo, "puedan convenir válidamente la rebaja o reducción, sin afectar el salario mínimo legal, del salario que en un momento dado esté devengando el

trabajador" (folio 18, cuaderno 3); 2) así mismo dijo: "cualquier modificación del salario consentida por el trabajador (...) se ha venido teniendo por la jurisprudencia como aceptada por él siempre que no haya reclamado oportunamente (...)" (ibídem); 3) refiriéndose al aspecto fáctico, que la demandada al dar respuesta aceptó el hecho relativo a la reducción del salario, aduciendo que ello fue convenido con el trabajador, con fundamento en la difícil situación económica de la empresa, acuerdo que estuvo demostrado con el testimonio de folio 53.

La última precisión del juez de alzada demuestra que el cargo no tiene prosperidad, pues es innegable que la demandada reconoció la reducción del salario, aduciendo el acuerdo de voluntades por mutuo consentimiento de la parte afectada, lo cual encontró establecido mediante prueba testimonial, que no es de recibo por sí sola en el recurso extraordinario, por no ser una de las calificadas como sí lo son: el documento auténtico, la inspección ocular y la confesión judicial. Pero si bien es cierto que dicha prueba no sirve para fundar cargo en casación, lo que si resulta cierto, es que el impugnante aborda su crítica de una manera abstracta, al catalogar la declaración de "términos imprecisos y sin explicar razones de su exposición" (folio 14, cuaderno 3).

Además, bajo el entendimiento de que la acusación del recurrente respecto de la valoración que hizo el juzgador de alzada de la demanda, su contestación, el contrato de trabajo y los documentos anexados a la inspección judicial, se refiere a una equivocada apreciación; resulta del propio texto de la sentencia acusada, que el Tribunal dijo exactamente lo que dichas pruebas expresaban concordando con lo aseverado por el impugnante, por cuanto con base en ellas, fue que estableció que después de agosto de 1997 hubo una reducción al salario que venía devengando el trabajador y que aún así continuó laborando por un tiempo superior a doce meses, luego ante identidad de comprensión no se presentan los yerros de valoración endilgados.

Es decir que nada diferente aportan dichas pruebas, por que de su examen resultaría lo mismo que dijo el Tribunal; pues es incuestionable, que lo que lo llevó a sostener que para la reducción salarial hubo acuerdo entre las partes, fue, como el bien lo indicó en la sentencia, las pruebas testimonial e indiciaria, que demostraban el consentimiento del afectado con la rebaja

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

salarial; deducida del hecho indicador de que con posterioridad a ello, el demandante continuó laborando por espacio superior a doce meses.

Es por lo mismo, que no resulta apropiada la argumentación de la demanda extraordinaria, porque para el Tribunal resultó claro, que hubo una reducción salarial, porque el trabajador pasó a ganar con posterioridad a agosto de 1997, una suma inferior a la devengada hasta esa fecha; pero como se dijo anteriormente, también encontró demostrado con la prueba testimonial e indiciaria del consentimiento del trabajador, que dicha rebaja, como lo había sostenido la enjuiciada al responder la demanda, obedeció al mutuo consentimiento del demandante.

Eran esos los soportes que debía destruir el recurrente para demostrar el error evidente que increpa al Tribunal al dar por establecido que hubo acuerdo entre las partes para la reducción salarial que a todas luces resultaba de la confesión de la demandada y las demás pruebas analizadas.

Además, como ya se anotó el juez de apelaciones para revocar la condena de primer grado e imponer la absolución, efectuó un aserie de razonamientos jurídicos cuando dijo "Nuestro ordenamiento jurídico no impide que por mutuo acuerdo, las partes vinculadas por un contrato de trabajo puedan convenir válidamente la rebaja o reducción, sin afectar el mínimo legal, del salario que en un momento dado esté devengando el trabajador. Lo que nuestra ley positiva establece es que el empleador carece de facultad para disponer unilateralmente esa disminución, de manera inconsulta y contra la voluntad del trabajador, de acuerdo con lo preceptuado, entre otras disposiciones, por los arts.57, 59, 132 y 142 del C.S.T.(.) De ahí, que cualquier modificación del salario consentida por el trabajador se tiene y se ha venido teniendo por la jurisprudencia como aceptada por él siempre que no haya reclamado oportunamente contra ella" (folio 18 cuaderno del Tribunal), razonamientos que no fueron objeto de reproche, en atención a la vía indirecta seleccionada para el ataque, de suerte que se mantienen incólumes como soporte de la sentencia".

Por otra parte, y en cuanto a la facultad que el asiste al empleador de cambiar unilateralmente las condiciones de trabajo, entre ellas, la forma de remuneración y el lugar o sitio de trabajo, se denomina por la doctrina y por la jurisprudencia *ius variandi*. Sobre tal tópico de antaño la H. Corte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2018-00524 -01

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de noviembre de 1983 Sala de Casación Laboral Sección Primera, dispuso:

"El ius variandi, en sentido propio o restringido, permite al patrono alterar o modificar por decisión suya aspectos tales como **la forma de remuneración**, el horario, la función, oficio o puesto laboral, y el **lugar o sitio del trabajo**. Pero este derecho empresarial debe atemperarse teniendo en cuenta el claro derecho del trabajador a que su situación no sea desmejorada (el principio de "la condición más beneficiosa"), y debe ser de todos modos utilizado -como todo derecho-, no de manera caprichosa, ad libitum, sino por razones objetivas, humanas o técnicas, de organización o producción". (Negrillas por la Sala).

En igual sentido, tanto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como la H. Corte Constitucional han sostenido que el empleador, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores, puede hacer variaciones en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de las condiciones del trabajo, sin embargo dicha facultad no es absoluta, pues está limitada por la Constitución Política y el articulado del Código Sustantivo del Trabajo que exigen que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas. Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia con Rad. 31701 del 2 de septiembre de 2008, posición que se ha mantenido incólume hasta hoy por ejemplo con la sentencia SL119-2021 ha señalado:

"... Es claro entonces que siendo el ius variandi un derecho del empleador, en aquellos eventos en donde estime pertinente hacerlo efectivo, en principio no requiere de la anuencia o el consentimiento previo del trabajador, pues se itera, son facultades que el empleador puede ejercitar de manera unilateral, **siempre y cuando, desde luego, no afecte el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador** y al dimanar de la potestad subordinante del empleador se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulaciones expresas. Se trata de que el empleador puede modificar por su cuenta algunas de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo..." (Negrillas por la Sala).

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T-682 de 2014, dispuso:

“A pesar de la existencia de esta facultad del ejercicio el “ius variandi” en cabeza ya sea de la administración pública o de un empleador privado, es de advertir que debe ejercerse. (i) dentro de los límites de la **razonabilidad** y (ii) las **necesidades del servicio**. En estos términos, su aplicación ha de **consultar los derechos fundamentales del trabajador**, su apego profesional y familiar, los derechos de terceros que eventualmente podrían verse afectados y todos aquellos factores relevantes para evitar la toma de una decisión arbitraria”. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) ARMANDO BONILLA HORTUA ingresó a laborar al servicio de la sociedad PROPARTES S.A.S. el 03 de diciembre de 2001, para desempeñar el cargo de Representante de Ventas (fl.25).
- ii) El actor ingresó a laborar estableciéndose un salario básico de \$100.000 junto con comisiones pagaderas por ventas de la siguiente manera: 1. Comisión de 4% según relación sin incluir el IVA hasta 60 días; 2. Después de 60 hasta 75 días se pagará comisión del 1,73%; 3. Después de 75 días no se pagará comisión; y 4. No se cancelará comisión cuando el cheque sea devuelto por causa del proveedor y este se demore en cancelar (fl.25).
- iii) El 02 de **mayo de 2013** se adicionó al contrato de trabajo una cláusula adicional modificatoria, mediante la que se dispuso que el salario básico del trabajador sería la suma de \$500.000, y que devengaría una comisión variable que dependería del valor de recaudo de ventas reales y directas del trabajador, la que se calcula así: de \$5'000.000 a \$30'000.000, el 0,50%; de \$30'000.001 a \$45'000.000, el 1,30%; de \$45'000.001 a \$60'000.000, el 2,00%; de \$60'000.001 a \$75'000.000, el

2,50%; de \$75'000.001 al \$135'000.000, el 2,70%. Asimismo, estableció el empleador que cuando se recauda después del día 70 el vendedor perdería un 10% de la comisión obtenida si se recauda después del día 90 se perdería el 20%, si se recauda después del día 120 se perdería el 50%, y si se recauda después del día 150 se perdería la comisión (fls. 84 a 87).

- iv) Entre las partes se celebró otro sí el 01 de **noviembre de 2015**, estableciéndose que a partir de la fecha referida, las comisiones a devengar del empleado serán el valor que corresponda de aplicar el 2,5% sobre el recaudo de las ventas realizadas por el trabajador sin tener en cuenta las edades de dicho recaudo (fl.62).
- v) Entre las partes se celebró otro sí el 01 de **junio de 2016**, estableciéndose que a partir de la fecha referida, el trabajador y el empleador convienen un salario básico de \$690.000 (fl.61).
- vi) El trabajador fue cambiado de zona, motivo por el que el empleador dispuso que, en virtud de tal situación, la posible disminución de ventas, y el recaudo del trabajador, se celebrara un otro sí con el demandante el 24 de **junio de 2016**, señalándose que se establecía un porcentaje adicional de pago para junio del 37%, para julio del 29%, para agosto del 22%, para septiembre del 15%, para octubre del 7%, y a partir del noviembre del 0%. (fl. 233).
- vii) El actor dio por terminada la relación laboral el 03 de mayo de 2017 por las modificaciones en su contrato de trabajo, específicamente los porcentajes con los cuales se le pagaban comisiones (fl.240).

Pues bien, en el análisis de la prueba recaudada, se advierte que en efecto hubo un **cambio en las condiciones remunerativas** del trabajador, así como en la zona donde prestaba sus servicios, por lo que empezará la Sala por dilucidar la primera temática.

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

Al respecto, es necesario advertir que si bien la Cláusula Adicional Modificatoria del 02 de mayo de 2013 no fue suscrita por el accionante, lo cierto es que, a juicio de la Sala operó una aceptación tácita de tal convenio. En efecto, no se desconoce que si bien el demandante en interrogatorio de parte afirmó que nunca aceptó los cambios en su remuneración que se realizaron a través de los diferentes otro sí a los contratos de trabajo, lo cierto es que laboró al servicio de la demandada durante cuatro años más, y tampoco adujo que hubiera efectuado un reclamo formal o por escrito de la modificación del esquema salarial, pues únicamente refirió que no estuvo de acuerdo y que hizo manifestaciones sobre los mismos de manera verbal al momento en que le presentaron los otros sí, hechos últimos que en todo caso no quedaron probados en el plenario.

Aunado a lo anterior, en interrogatorio de parte el demandante fue claro en manifestar que sí hubo un mejoramiento en sus condiciones de salario pese a que tuvo que mejorar su gestión para lograr un mejor salario, teniendo que hacer recaudos prontamente y visitar más clientes.

Pedro David Rodríguez Cala al rendir testimonio señaló que previo a efectuarse los cambios salariales, la empresa llevaba a cabo reuniones donde se le comunicaba a todos los trabajadores las modificaciones que se realizarían, y que no recuerda que el demandante hubiera manifestado inconformidad; y Edisson Leonel Pulido Quiroga adujo que, cuando el actor estaba en la empresa tuvo inconformidad con los cambios en las comisiones, pero nada más, de lo que no se logra desprender que hubiera elevado algún tipo de reparo frente a sus comisiones, por demás que ambos testigos son coincidentes en afirmar que los cambios salariales mejoraron sus condiciones económicas.

Igualmente, de los comprobantes de nómina del año 2015, se puede establecer que el actor devengaba, antes del cambio de esquema salarial, esto es, antes de mayo 2015, unas comisiones aproximadas por un valor de \$2'625.280, empero que con la modificación del esquema el actor tuvo la oportunidad de obtener comisiones mensuales de \$4'745.905 y \$3'265.985

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2018-00524 -01

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

como en septiembre y diciembre de 2015, respectivamente (fls.51 y 57), aunado a que su salario básico aumentó en la suma de \$500.000.

Así mismo, el demandante allegó al plenario una relación de comisiones de 2014 a 2017 (fls. 72 a 75), de la que puede decirse que las del año 2015 fueron superiores en relación con las de 2014, pues las primeras ascendieron a la suma de \$29'269.394, en cambio las segundas a \$25'115.943,90, lo que arroja una diferencia a favor del accionante de \$4'153.450,10. Además, téngase en cuenta que en tales documentales no se hace alusión al salario básico, que como se dijo pasó de \$100.000 a \$500.000, por lo que se percibió en suma a los \$25'115.943,90, una suma de \$400.000 mensuales más.

Del mismo modo, encuentra la Sala que a folios 243 se presentó un nuevo acuerdo salarial el 01 de noviembre de 2015, en el que se dispuso que se pagaría un 2,5% sobre el recaudo de ventas realizadas por el trabajador sin tener en cuenta las edades de estos, el que aparece suscrito por este, y si bien el accionante en el hecho décimo quinto de su demanda desconoce que tal firma fuera la suya (fl.6), lo cierto que a folio 244 también obra otro acuerdo en relación con la incrementación de su salario básico a partir del 01 de junio de 2016 en la suma de \$690.000, respecto del que sí obra una aceptación expresa de tal acuerdo por parte del actor pues además de suscribir tal documento, no obra queja o anotación de algún tipo, no se está tachando ni desconociendo, y no se está alegando algún vicio del consentimiento al momento de efectuarse su celebración.

Es así como considera la Sala que existen elementos probatorios que dan cuenta que el accionante no tuvo una objeción real y efectiva frente a los cambios salariales que iba efectuando la empresa, pues hubo una aceptación tácita de su parte.

Aunado a lo anterior, en gracia de discusión, en virtud del *ius variandi* se considera que el empleador podía modificar algunas condiciones de trabajo siempre y cuando respetara el honor, dignidad, seguridad y derechos mínimos del trabajador, o como en palabras de la H. Corte Constitucional,

si el cambio está guiado por la necesidad del servicio, y consulta los derechos fundamentales del trabajador; resulta ser un cambio razonable, lo que a juicio de la Sala, acaeció en el *sub examine*, ya que el actor pudo lograr una mayor remuneración siempre y cuando, dentro de su gestión, recaudara de forma más eficiente y rápida el valor de las ventas que realizara.

En efecto, nótese como los cambios remunerativos no resultaban exigencias abruptas o desproporcionadas en la modalidad de pago del salario del trabajador, ya que, si bien se disminuyó el valor del porcentaje que se pagaba por venta de un máximo del 4% (oscilaba entre el 1,73% y el 4%) a un máximo del 2,7% (oscilaba entre el 0,50% y el 2,70%) con el otrosí del 02 de mayo de 2013, también lo es, que los términos para recaudar las ventas se ampliaron, pues en el primer acuerdo se perdía la comisión a partir del día 75, empero en el segundo, sólo a partir del día 150 se perdía la comisión.

Igualmente, el acuerdo del 01 de noviembre de 2015, también se observa razonable, pues se pasó de una comisión por ventas de un porcentaje que oscilaba entre el 0,50% al 2,70% a un valor fijo del 2,5%, y se eliminó la pérdida de la comisión después del día 150, estableciéndose que se causaría la comisión del 2,5% sobre el recaudo de las ventas realizadas por el trabajador sin tener en cuenta los tiempos de dicho recaudo.

Ahora bien, y en relación con el **cambio de zona** del trabajador, encuentra la Sala que el empleador celebró con el accionante otrosí el 24 de junio de 2016, en el que se dispuso que, precisamente por tal situación, la compañía garantizaría ingresos por comisión de acuerdo al recaudo de las ventas en un 37% para junio, en un 29% para julio, en un 22% para agosto, en un 15% para septiembre, en un 7% para octubre, y a partir de noviembre en un 0% (fl.233).

Sobre el punto, encuentra la Sala que en el contrato de trabajo no se especifica que el demandante tuviera una zona de trabajo específica. A la par, el testigo Edison Leonel Pulido Quiroga manifestó que los cambios de la zona de ventas se socializaban, que dependían del jefe comercial que llegara, y que tenía como fin que los asesores comerciales no se invadieran sus zonas, de lo que se logra desprender que estas no eran inmodificables.

En igual línea, no observa la Sala que las decisiones del empleador en tal sentido fueran irrazonables o atentaran contra los derechos fundamentales del trabajador, por el contrario de la celebración del otrosí, se denota la intención del empleador de que el trabajador no se viera desprotegido ni sus garantías mínimas afectadas, estableciendo para ello, y por el término de cinco meses un porcentaje adicional a su remuneración; acuerdo que por demás se entiende que fue tácitamente aceptado por el trabajador al no presentarse reclamación o reparo sobre el tópico, y evidenciarse que siguió laborando sin prestar queja al respecto, téngase en cuenta que la carta de terminación únicamente verso sobre el cambio de sus condiciones salariales.

En consideración de lo expuesto, no es dable acceder a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social teniendo en cuenta un porcentaje de comisión del 4%, por lo que la Sala CONFIRMARÁ en el punto la decisión del A Quo.

DESPIDO INDIRECTO.

El despido indirecto o auto despido, es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral con fundamento en una justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador; decisión que en cumplimiento del artículo 62 del C.S.T. debe ser puesta en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral. Así lo dijo la H. Corte Suprema de

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 26 de junio de 2012, Rad. 44155 reiterada en la SL1082-2020:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: *«El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».*

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato”.

En igual sentido, la misma Corporación ha dicho que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del empleador debe ser sistemático, sin razones válidas, y debe estar relacionada inescindiblemente con los hechos configurativos de la justa causa invocada; de lo que debe entenderse por sistemático, regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que se ha tomado la conducta o el propósito de incumplir; sentencias SL16373-2017 y SL2423-2018.

Ahora bien, en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de un despido indirecto, 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, la carga de la prueba se invierte de manera que, a la parte actora, además de demostrar la renuncia, le corresponde acreditar que la decisión de renunciar obedeció

a justas causas o motivos imputables al empleador, sentencias SL14877-2016 y SL16373-2017:

“El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque si bien en principio se ha señalado que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (fls. 99 a 102).

Así las cosas, en el *sub lite*, se tiene que al actor -al tenor de lo dispuesto en la citada norma legal- le correspondía demostrar además de la renuncia, el *«incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales»*, que fue precisamente lo que el *ad quem* echó de menos tanto en la carta de despido como en las pruebas que para tal fin aportó Moya Franco”.

En el *sub lite*, encontramos que el actor presentó carta de renuncia en los siguientes términos:

“me permito respetuosamente manifestar a usted, que doy por terminado de manera irrevocable el Contrato de Trabajo que suscribí con la Organización a partir del cierre de la jornada laboral del próximo jueves 4 de mayo de 2017, lo anteriores por razones única y exclusivamente imputables al Empleador, toda vez que de manera unilateral ha modificado las condiciones del contrato, específicamente en los porcentajes con los cuales se pagan las comisiones, así como los días en que debe efectuarse el recaudo de cartera, sin tener de mi parte para ello consentimiento alguno, afectando los valores consignados como base de los aportes efectuados al sistema de seguridad social y prestacionales.”

Pues bien. Lo primero que debe indicarse es que las condiciones del contrato de trabajo en relación con los porcentajes con los que se pagan comisiones y los días en que debe efectuarse el recaudo de cartera, data del

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

02 de mayo de 2013. Los subsiguientes son del 01 de noviembre de 2015, y el 01 de junio de 2016 (y únicamente en lo referente a la asignación básica), por lo que al presentarse renuncia el 03 de mayo de 2017, claramente la causa alegada carece de inmediatez como lo afirmó el juez A Quo, al haber transcurrido entre la última modificación y la renuncia, 11 meses y 3 días, sin que aparezcan razones que justifiquen por qué hasta la terminación del vínculo se alegó tal situación. Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1455-2019 manifestó:

“Sobre el particular, cumple recordar lo enseñado por la Sala de Casación Laboral en sentencias, en sentencias CSJ SL 26 jun. 2012, rad. 44155, CSJ SL 16 jun. 2011, rad. 41271, y recientemente en la CSJ SL 2412-2016, en la que señaló:

Al margen de lo anterior, y frente a la discusión planteada por el censor, esto es, que en el sub lite no resulta viable aducir la falta de inmediatez entre el hecho generador de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la respectiva renuncia, debido a que no existe disposición alguna que establezca un límite para el efecto, por cuanto los contratos de trabajo son de tracto sucesivo, resulta pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

El contrato de trabajo, puede terminar previamente a la fecha prevista por las partes para su finalización, vía del mutuo acuerdo o por decisión de una de las partes y, en este último evento, lo puede ser con justa o sin justa causa, denominándose despido, cuando así lo determina el empleador y, renuncia, cuando quien adopta la decisión es el trabajador.

Empero, existen ocasiones en la que, pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido -indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada.

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador.

Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación, deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación.

Y es que en realidad, la **decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable**, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo.

No obstante lo anterior, eventualmente **pueden ocurrir situaciones en que resulte imposible cumplir con ese postulado de término razonable y, en tales eventos, le corresponderá, precisamente al trabajador, demostrar que dicha dilación no fue injustificada**". (Negrillas por la Sala).

En segundo lugar, considera la Sala que las razones que alega el accionante resultan injustificadas, pues como se dijo a lo largo de esta providencia, frente al cambio de las condiciones salariales del trabajador hubo una aceptación tácita de su parte, al no existir una reclamación formal sobre el tema sino simplemente manifestaciones que no trascendieron ni fueron puestos en conocimiento por parte de él. Aunado a que, tales acuerdos lo beneficiaron económicamente y suscribió con posterioridad el acuerdo salarial del 01 de junio de 2016 sin presentar ningún tipo de objeción sobre el salario básico que a partir de tal momento se le podría pagar.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA E INDEXACIÓN.

Por sustracción de materia, y en la medida que no se impuso condena por ningún concepto considera la Sala que no hay lugar a su reconocimiento.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **ARMANDO BONILLA HORTUA**

Demandado: **PROMOTORA INTERNACIONAL DE PARTES S.A.S.-
PROPARTES S.A.S.**

V. 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, conforme las motivaciones 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



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por el apoderado de Colpensiones, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ NICOLAS ALVARADO ARÉVALO** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne, con la demanda el actor pretende se declare la “*nulidad*” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que Colfondos S.A. traslade los aportes

realizados por el demandante junto con sus rendimientos, y que Colpensiones acepte los valores trasladados.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 50 a 72), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Indicó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición; que este solicitó su retorno al régimen de prima media cuando contaba con 60 años, esto es, cuando estaba inmerso en la prohibición de traslado por faltarle menos de diez años para el cumplimiento de la edad pensional; que el accionante no hizo uso del derecho de retracto; que el demandante no contaba con una expectativa legítima de pensión al momento de efectuar su traslado; y que únicamente pueden retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo las personas que sean beneficiarias del régimen de transición que tengan más de 15 años de servicios prestados al 01 de abril de 1994, según sentencia SU-062 de 2010.

Expuso que el error que se alega en la demanda no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto de traslado, no es un error dirimente o error nulidad; que no se alegó la nulidad dentro del término de cuatro años que establece el artículo 1750 del C.C.

Finalmente, manifestó que la Corte Suprema de Justicia únicamente ha declarado la ineficacia de la afiliación de las personas que son beneficiarias del régimen de transición o tienen una expectativa legítima de pensión; que los vicios del consentimiento deben ser demostrados por quien los alega; y que la declaración de ineficacia de traslado afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 95 a 114) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios de consentimiento, y la innominada o genérica.

Expuso que la decisión de traslado del accionante es el resultado de una voluntad libre y espontánea; que el demandante es una persona estructurada que cuenta con capacidad para sopesar los argumentos brindados por los asesores comerciales; y que sus asesores comerciales reciben capacitación a fin de brindarles a los afiliados herramientas e información necesaria para que entiendan y transmitan la información sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indicó que el deber de asesoría nació sólo con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de manera que sólo hasta ese momento surgió la obligación de suministrar herramientas financieras que le permitieran al demandante conocer las consecuencias de su traslado.

Señaló que el actor al suscribir el formulario de afiliación dejó constancia de que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; que el anterior documento, se encuentra ajustado a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que el actor suscribió

de su puño y letra el formulario de afiliación; y que el accionante no hizo uso del derecho de retracto de que trata el Decreto 1161 de 1994.

Adujo que le corresponde a la parte actora demostrar el supuesto engaño u omisión de la información; que no se encuentra demostrado el contrato tuviera un objeto o una causa ilícita; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que el error de hecho vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, no obstante, en el caso, fue deseo del actor afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; y que conforme al artículo 1750 del C.C. el plazo para solicitar la rescisión del contrato de afiliación era de cuatro años.

En último término, explicó que el actor no era beneficiario del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima, por lo que no podría retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media, según sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 1° de marzo del año 2000.

SEGUNDO. - ORDENAR a Colfondos S.A., fondo al que se encuentra afiliado el actor a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historial pensional del demandante.

TERCERO. - DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas.

CUARTO. - CONDENAR en costas a Colfondos S.A. en la suma de \$1'000.000.

En síntesis, refirió que conforme a la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar información clara, comparada y transparente de las características de los regímenes pensionales, a fin de que los afiliados pudieran adoptar una decisión voluntaria y libre; que la simple suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información, pues a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; y que la carga de la prueba recae en el fondo privado, pues constituía una negación indefinida.

Indicó que no obra prueba de que al demandante se le hubiera brindado información de forma objetiva, comparada y transparente por parte de Colfondos S.A., pues no se allegaron capacitaciones a los asesores comerciales, hoja de vida de quien brindó la asesoría al accionante, las políticas entorno a las asesorías que se deben brindar a los afiliados, o algún documento que diera cuenta que informa al actor en los términos expuestos; que el interés mayor de los afiliados es lograr una mejor mesada pensional, pero el demandante no tuvo los elementos para que tomara una decisión informada al momento del traslado, no puede predicarse ahora que se cumplió con tal obligación; y que por lo anterior, deben ser trasladados todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del accionante.

Concluyó advirtiendo que Colpensiones tiene el deber de recibir los aportes y rendimientos del actor y actualizar su historia laboral; y que la ineficacia de traslado persigue en sí, un derecho pensional, por lo que, es imprescriptible.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES.

Expuso que si bien se está estudiando las supuestas omisiones en el deber de información al momento del traslado, inevitablemente se tienen que verificar los hechos futuros porque el accionante informa que la razón por la que busca retornar al régimen de prima media es el valor de su mesada pensional; que era imposible para el momento en que se efectúa el

traslado conocer el valor de la mesada pensional, puesto que está supeditado a diferentes variables, cotizaciones, edad, semanas aportadas; y que incoar una demanda sobre supuestos atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso, no se sabe si la mesada en el régimen de prima media sería mejor que la que tendría el actor en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Agregó que la declaración de ineficacia del traslado genera una descapitalización del régimen de prima media, pues el actor no aportó al sistema ni colaboró solidariamente como afiliado con las personas que se encontraban pensionadas, por el contrario, efectuó su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

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 Colpensiones 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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., 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.

III. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene 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.

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 H. 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 H. 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, y los alcances de la ineficacia, 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:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
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

	constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, 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° 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 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”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241

de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no 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 (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) 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria

y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3. ¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...).”

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**, ni que hubiere ejercido el derecho

de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales, pues desde el 26 de febrero 1979 presenta cotizaciones, según historia laboral obrante en el medio óptico de folio 81; **ii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 01 de marzo de 2000 (fl.116); y **iii)** que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 28 de mayo de 2018, pero le fue negada tal posibilidad por las demandadas (fls. 22 a 28).

A folio 116 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01 de marzo de 2000 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma 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 no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios 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 suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, pues éste

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

se limitó a exponer que el asesor de COLFONDOS S.A. le brindó una información muy general, pues únicamente manifestó que éste le dijo que su pensión sería más alta en contraste con la del I.S.S. y que dicha entidad se iba a acabar, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues no se logra evidenciar que conociera las características 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.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, 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 tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se 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 comercial 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.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de José Nicolas Alvarado Arévalo del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, 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 aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por COLFONDOS S.A., incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de 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.

“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».

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al 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 que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal 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 improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, 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”.*

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. 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, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2018-00508 -01

Demandante: **JOSÉ NICOLAS ALVARADO ARÉVALO**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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.

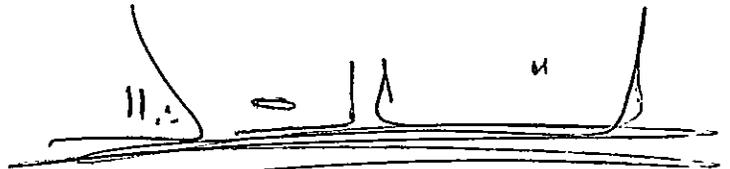
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JENNY ASTRID MAYORGA MAYORGA** promoviese contra el **BANCO DE LA REPÚBLICA**.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2008 y el 11 de abril de 2016; que fue despedida de forma unilateral, de forma injusta, y sin agotar el debido proceso constitucional; y que es beneficiaria de la Convención Colectiva

suscrita entre la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DEL BANCO DE LA REPÚBLICA y el BANCO DE LA REPÚBLICA. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro junto con el restablecimiento de su contrato de trabajo, salario, derechos convencionales, vacaciones, primas de servicios, cesantías, intereses sobre las cesantías, y aportes al sistema de seguridad social integral; indemnización moratoria; indexación; e intereses moratorios.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido el 12 de diciembre de 2008; **2)** La relación laboral finiquitó el 11 de abril de 2016, presuntamente por haber manipulado uno de los valores contenidos en una certificación emitida por el Colegio Liceo Americano Mi Gran Casa Azul, para hacer efectivo el auxilio educacional a favor de su hija menor; **3)** Comentó el hecho con su esposo quien le manifestó que él había adulterado los documentos, explicación que no fue atendida por el empleador; **4)** No se agotó un debido proceso por parte de la demandada; **5)** Cuando se encontraba despedida, le fue abierto proceso disciplinario por parte de la Unidad de Control Disciplinario Interno; **6)** Desempeñaba el cargo de Auxiliar en el Departamento de Cambios Internacionales; **7)** Devengaba \$1'485.871; **8)** Estaba afiliada a la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DEL BANCO DE LA REPÚBLICA- ANEBRE y el BANCO DE LA REPÚBLICA; y **9)** El 09 de abril de 2019 solicitó el restablecimiento de los derechos que le habían sido desconocidos con la decisión de despido, no obstante la demandada profirió respuesta negativa.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

BANCO DE LA REPÚBLICA (fls. 525 a 538), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó falta de título y causa, cobro de lo no debido, acreditación de

una justa causa de terminación del contrato de trabajo, compensación, prescripción, legalidad de la actuación del banco, y la genérica.

Aceptó los extremos temporales del vínculo laboral, el cargo desempeñado por la actora, el salario devengado, la afiliación de la activa al Sindicato ANEBRE, que a través de la Unidad de Control Disciplinario inició un procedimiento disciplinario a la accionante cuando ya se encontraba despedida y finalmente aceptó la negativa a la solicitud de reintegro de ésta.

Expuso que el 03 de febrero de 2016, la accionante solicitó el auxilio educacional para su hija, no obstante, al momento de efectuarse la correspondiente verificación del certificado de estudios emitido por el Colegio Liceo Americano Mi Gran Casa Azul, se encontraron tachones y enmendaduras; que se comunicaron con el colegio, quien les manifestó que pagaban un valor de \$126.000 por concepto de alimentación, no obstante, en la certificación aparecía la suma de \$176.000; que solicitó a la actora explicaciones de las enmendaduras, quien manifestó que el motivo de estas, era que su esposo modificó el valor; y que por lo anterior, se inició una investigación disciplinaria, en la que se ordenó la destitución de la accionante y se ordenó una inhabilidad para ejercer cargos públicos por un periodo de 12 años.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 13 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

Para fundamentar su decisión, el A Quo arguyó que, en síntesis, se encontraba acreditado el hecho del despido como consecuencia de haberse solicitado un auxilio educacional con una certificación adulterada. Afirmó que el hecho endilgado a la demandante -presentación de un documento adulterado para lograr el pago de un auxilio educacional - demuestra una falta de diligencia y cuidado en los documentos que le estaba presentado a su empleador a fin de lograr el pago del auxilio educacional; que de los testigos Luis Guillermo García Escobar y Luis Miguel Melo Espejo se logra establecer

que la adulteración del documento era evidente; y que es justa causa de terminación la presentación de certificados falsos con el fin de lograr un beneficio de parte del empleador.

Concluyó expresando que, la terminación de un contrato de trabajo no necesariamente va de la mano con la acción disciplinaria, pues conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, puede ocurrir que, algo que no es sancionable disciplinariamente sí afecte la relación laboral, o al contrario; que por lo anterior, bastaba que existiera una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo; y que el despido no requería que se efectuara un procedimiento disciplinario previo.

5. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que no existió falta de diligencia y cuidado por parte de la actora, ya que obró con total buena fe y confianza en la persona que se encargó de los trámites de los certificados ante el colegio donde se encontraba matriculada su hija, a fin de lograr un auxilio educacional convencional.

Indicó que se debió iniciar una investigación previa por parte de la demandada que permitiera establecer las conductas por las que se acusa a la demandante, más aún cuando ésta no tenía ningún tipo de manipulación sobre el documento que fue objeto de enmendadura; que la actora solamente fue requerida para brindar una versión, que posteriormente fue utilizada para iniciarle un proceso disciplinario, prueba que fue obtenida con violación del debido proceso; que se debió tener en cuenta que la enmendadura del documento surge en un momento en el que el núcleo familiar se encuentra en una situación difícil, y con el propósito de que Alfredo Vergara tuviera un provecho económico; y que el artículo 115 del C.S.T. establece un procedimiento para establecer las sanciones de las que puede ser objeto un trabajador sindicalizado, no obstante, la actora no fue llamada para que brindara su versión de forma verbal ni fue acompañada de dos representantes del sindicato.

Adujo que el despido debió armonizarse con el procedimiento disciplinario, pues no podría contradecirse el BANCO DE LA REPÚBLICA en estas decisiones porque estaría obligado a restablecer el contrato de la trabajadora; que por lo anterior, se debió agotar el procedimiento disciplinario de que trata la Ley 734 de 2002 a fin de que la demandante allegara sus correspondientes pruebas y las controvirtiera, presentara descargos y recursos; que actúa al amparo de una causal eximente de responsabilidad disciplinaria, pues fue su esposo quien manipuló la certificación para acceder al auxilio educacional, lo que quedó demostrado con interrogatorio de parte, y los testimonios de los empleados del BANCO DE LA REPÚBLICA y de Alfredo Vergara; que se desconocieron los principios del proceso disciplinario, ya que no existe prueba de que la actora hubiese omitido el cumplimiento de sus deberes funcionales, y de encontrarse estaría debidamente justificada, pues fue engañada por su ex esposo; que la actora fue sancionada por un hecho que no cometió, pues si bien presentó la certificación, desconocía que esta había sido manipulada; que el documento finalmente no fue utilizado para el trámite de reconocimiento del auxilio educativo; y que se vulneró el principio de proporcionalidad disciplinaria, pues una cosa es manipular un documento con la finalidad de lograr un auxilio y otra, presentar un documento sin tener conocimiento que el documento se encuentra manipulado.

Finalmente arguyó que, se debió tener en cuenta la teoría de los fines, esto es, quien resultaba beneficiado con la manipulación del documento que se presentó ante el empleador, que no era otro que el señor Alfredo Vergara, pues podía existir un mayor valor que le tocaría a él sufragar.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, 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 los apoderados de éstas 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 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.

III. 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 el despido de la accionante devino en injusto y si se debía agotar algún tipo de procedimiento previo para llevar a cabo la terminación del contrato de trabajo.

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 debido 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.**

Por otra parte, y en relación con el procedimiento disciplinario es necesario precisar, que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL15245-2014 y SL2351-2020**, ha explicado que, si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia **SL2351-2020**.

Igualmente, de manera pacífica y reiterada la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que por la naturaleza correctiva del despido, dicho acto no representa sanción disciplinaria. En sentencia **SL2150-2020**, señaló:

“El desconocimiento de la censura de los artículos 6 y 125 de la norma superior, la lleva a confundir el «despido» con la sanción de «destitución» que prevé el Código Único Disciplinario. Con base en estos preceptos constitucionales, el «despido» del trabajador con justa causa no tiene la misma naturaleza jurídica de una «destitución». Inclusive, puede darse el caso de trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a sus condiciones de contratación y, a la vez, ser servidores públicos disciplinables, y, por tanto, ser sujetos de despido y de destitución, sin que se viole el principio *nom bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)”.

En igual sentido, y en relación con la posibilidad de aplicar las normas que rigen la materia de despido y el procedimiento disciplinario, concretamente frente al Banco de la República, la máxima corporación de

la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en sentencia **SL1981-2019**, dijo:

“En sentencia CSJ 28 agos. 2003, rad. 21120, reiterando la decisión CSJ 25 nov. 2002, rad. 18823, la Sala sostuvo, que las normas disciplinarias públicas, no tuvieron la intención de reemplazar o derogar las que regulan las justas causas de despido aplicables tanto a trabajadores oficiales como a quienes están regidos por el Código Sustantivo del Trabajo. En la primera de dichas providencias, indicó:

«(...)Tal como lo advierte el opositor, el punto cuestionado por la censura ya fue objeto de estudio y decisión por parte de esta Corporación en reciente oportunidad, en que se planteó idéntica acusación contra la misma demandada, decisión que tiene cabal aplicación en el sub iudice por cuanto la conducta cuestionada se encuentra comprendida dentro del ámbito propio de la empresa, desprovista de contenido éticamente reprochable, lo que bien puede ser uno de los criterios para distinguir el campo de acción de uno u otro estatuto.

(...) Frente a este planteamiento lo primero que hay que decir es que la Ley 200 de 1995, no incluyó una derogatoria expresa del Decreto 2127 de 1945, lo cual impone analizar si ello pudo darse en forma tácita.

“El decreto 2127 de 1945 contiene un estatuto reglamentario ‘en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general’, lo cual debe entenderse referido a una materia específica pero frente a la que no se hizo distinción en lo tocante con el sector, público o privado, al cual se estaba dirigiendo.

“Con el Código Sustantivo del Trabajo se excluyó del campo de aplicación de tal decreto, el contrato de trabajo de los trabajadores particulares y quedó rigiendo solo para el sector público, pero dentro de éste, en relación exclusivamente con los servidores vinculados mediante contrato.

*“La Ley 200 de 1995, por la cual se adopta el Código Disciplinario Único, se dirige, según su artículo 20, a ‘los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios’, básicamente. **Significa lo anterior, que aunque involucra a los servidores públicos, lo hace en forma general y sin que dirija de manera expresa y especializada una de sus disposiciones a desplazar la normatividad propia de quienes se encuentran vinculados mediante contrato de trabajo.***

“Las conductas tipificadas en uno y otro estatuto, como queda dicho, son diferentes y si se aceptara el planteamiento del censor, se tendrían como legitimadas una sucesión de conductas que son inaceptables en toda relación contractual y aún más, si de por medio está un vínculo de subordinación laboral.

“Por eso se concluye que las justas causas previstas en el Decreto 2127 de 1945 para terminar el contrato de trabajo, por parte del trabajador

o del empleador, continúan vigentes y frente a ellas, se mantiene la misma regulación y el tratamiento que ha sido identificado por la jurisprudencia, que ha reiterado que el despido partiendo de las causales previstas en el Decreto 2127 de 1945, como también de las señaladas en el Código Sustantivo del Trabajo, no corresponde a una medida en estricto sentido de carácter sancionatorio, por lo que en relación con estas no procede la aplicación del trámite contemplado en el Código Disciplinario, el cual, por ser propio de tal estatuto, opera solo frente a las conductas tipificadas en el mismo como configurantes de faltas gravísimas y como tales, de justas causas, también, de terminación de los contratos de trabajo. Además, como ya lo ha señalado esta Sala, frente a las faltas gravísimas, que también configuran justas causas de despido, solo procede el trámite previsto en la ley 200 de 1995, a la que hacen expresa referencia estas consideraciones, por lo que en consecuencia, el procedimiento previsto en ella, desplaza cualquier trámite convencional establecido como previo para terminar el contrato por justa causa, originada en el acaecimiento de una falta calificada en él como gravísima.

“Se tiene entonces, que si a un trabajador oficial, luego del proceso disciplinario se le encuentra incurso en una falta gravísima, procede la terminación de su contrato, como también si incurre en una conducta calificada como justa causa de despido en el Decreto 2127 de 1945, y en este último caso no se requiere agotar los trámites previstos en el Código Disciplinario.

(...) Entonces, si los trabajadores del Banco de la República, se encuentran sometidos a una relación de trabajo subordinada, regida por un contrato de trabajo, conforme a las normas del Código Sustantivo, por así estipularlo el artículo 38 de la Ley 31 de 1992, lo relacionado con las formas de terminación del vínculo, se rigen igualmente por dicho compendio normativo, y no necesariamente por otras disposiciones especiales, tales como el Código Disciplinario Único.

Con lo anterior, no se desconoce el criterio que sostuvo la Corte Constitucional en la referida sentencia C-431 de 1996, puesto que dicha Corporación, se reitera, lo que indicó, fue que no era contrario a la Constitución, que a los trabajadores del Estado vinculados con contrato de trabajo, como ocurre con los operarios del Banco de la República, se les aplique el régimen disciplinario común a todos los servidores públicos -en ese momento, la Ley 200 de 1995-; es decir, que por las conductas descritas en un compendio normativo de ese tipo, y por cumplir funciones públicas, sus trabajadores tienen un control estatal, sometido a dichas reglas, en caso de que los servidores lleguen a incurrir en tales faltas, pero eso no implica desconocer, que aquellas conductas tipificadas como justas causas de terminación unilateral del contrato en el Código Sustantivo del Trabajo, en el reglamento interno o la Convención Colectiva, no puedan ser aplicadas y direccionadas hacia su propia regulación.

Lo anterior, en razón a que una cosa es el control disciplinario cuya cabeza principal se encuentra en la Procuraduría General de la Nación, para asegurar el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de quienes

cumplen funciones connaturales al Estado, y otro las relaciones contractuales entre empleador y trabajador, marcadas por la subordinación jurídica, en las que existen prohibiciones y deberes, cuyo desconocimiento, no siempre encuentra respuesta en el régimen disciplinario de los servidores públicos, debido a su especificidad y a la separación que el legislador consagró al permitir que su estructura y funcionamiento, en donde encajan las relaciones laborales, tuvieran una regulación propia.

Precisamente por esas diferencias, fue que la Corte Constitucional separó el régimen disciplinario público de los servidores del Banco de la República, de otros aspectos de la relación laboral, con posibilidad de un manejo independiente, siempre y cuando no interfieran con la potestad sancionatoria del Estado, lo cual hizo notar, al indicar que *«(...) la autonomía que se predica del Banco, no comporta lo correspondiente al régimen disciplinario de sus servidores, pues lo relativo a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos es materia que corresponde regular al legislador, con fundamento, principalmente, en los arts. arts. 6, 124, 150-23 y 209 de la Constitución. Naturalmente esto no se opone a que en sus estatutos se determinen, como ya se hizo (arts. 51 a 54), inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y deberes especiales para los trabajadores del Banco, ni que en el reglamento de trabajo se puedan regular aspectos de orden disciplinario, como los ya mencionados, siempre y cuando las respectivas normas no se opongan a la ley (...).*

Tan es así, que como lo enfatizó el recurrente desde la demanda, la pasiva, por cuenta de la Ley 200 de 1995, y luego con la Ley 734 de 2002, tiene dentro de su estructura una Oficina de Control Interno, que se encarga de conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelantan contra sus servidores, pero contrario a lo señalado por la censura, esa labor la ejerce esa oficina exclusivamente, por aquellas conductas que son catalogadas faltas disciplinarias acorde con el aludido Código Disciplinario Único, más no para establecer si determinado comportamiento u omisión del trabajador, encaja dentro de las justas causas, acorde con lo previsto en el literal a) del artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, a efectos de poderlas aplicar el empleador, para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

Por otra parte, pertenecer al Banco de la República, en el que sus servidores están sometidos al régimen disciplinario público y la posibilidad de que las relaciones contractuales laborales se rijan por el Código Sustantivo del Trabajo, es factible, **que conductas clasificadas como justas causas de terminación unilateral del contrato de trabajo, puedan coincidir con los comportamientos reprochables del estatuto disciplinario, o al contrario, que faltas tipificadas como tal en esta última norma, puedan a su vez ser objeto de cuestionamiento por el empleador en su relación directa con el trabajador, que justifiquen la decisión de terminar el vínculo.**

También puede darse el caso de que lo que recrimine un régimen no sea objeto de cuestionamiento por el otro, lo que en todo caso no impide que cada materia actúe dentro de sus competencias, para proteger sus intereses, dado que se puede presentar el caso de que algo que el régimen disciplinario

no sanciona, sin embargo, si afecte la relación personal entre el empleador y el trabajador; o al contrario, adoptada una determinación dentro del campo contractual, no imposibilita que se vele por el amparo de las garantías superiores, como ocurre con el supuesto previsto por el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, que establece, que el retiro del servicio, no disuade la actuación disciplinaria, en razón a que el objetivo es hacer respetar bienes jurídicos como son la protección a la comunidad y el buen ejemplo que se predica de todo servidor público.

En otros términos, debido a la calidad de trabajador de esta entidad *sui generis*, **una misma conducta puede generar diversas consecuencias jurídicas, y por ello, ser objeto de investigación a través de un procedimiento, que sería el disciplinario**, dado que ese comportamiento puede lesionar el interés jurídico de la transparencia y moralidad en la prestación de un servicio público, **y a su vez, ser objeto de reproche por el empleador**, en la medida que se pierde la confianza y dinamismo en la relación laboral, dando lugar a dos actuaciones diferentes, sin que implique una vulneración al principio *non bis in idem*, en razón a que la causa y finalidad son diversas, puesto que protegen intereses claramente diferenciables.

Por cuenta de ello, fue que en el asunto, el empleador llevó a cabo la actuación disciplinaria valiéndose del Código Disciplinario Único, para juzgar al trabajador por incumplimiento de sus deberes (fls 200/232), pese a que la terminación del vínculo se había dado. En ese orden, la investigación disciplinaria continuó y concluyó con su respectiva sanción, a efectos de velar por el respeto a la función pública, independientemente de la afectación o no que el empleador pudo sufrir con esa misma actuación en el margen de la relación contractual.

Finalmente, cabe destacar, que ha sido posición pacífica de la Sala, que la terminación del contrato por justa causa, esto es, el despido, no se considera una sanción disciplinaria, simplemente se trata de una ruptura contractual, y por ello, no se encuentra sujeto a un trámite previo, a menos que así se hubiera pactado en otro instrumento". (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Jenny Astrid Mayorga Mayorga laboró al servicio del Banco de la República entre el 12 de diciembre de 2008 y el 11 de abril de 2016, desempeñando como último cargo el de Auxiliar en el Departamento de Cambios Internacionales (fl.20).

- ii) El 03 de febrero de 2016, la demandante solicitó auxilio educacional al Banco de la República, por cuanto su hija se encontraba cursado grado segundo (fls.45 y 46).
- iii) El 10 de febrero de 2016, la demandante presentó nueva solicitud de auxilio educacional, señalándose que el valor por concepto de almuerzo equivalía a \$126.000 (fls.103 y 104).
- iv) A la demandante le fue terminado su contrato de trabajo el 11 de abril de 2016, por cuanto para solicitar el auxilio educacional para su hija presentó una certificación que tenía evidentes alteraciones en la cifra que se registra como correspondiente al costo del almuerzo, pues se registró un valor de \$176.000 cuando en realidad correspondía a \$126.000 (fls. 43 y 44).
- v) El 20 de junio de 2016 se inició investigación preliminar por haber sido presentado por parte de la accionante una solicitud de auxilio educativo con valores que no correspondían a los certificados por la educación educativa (fls. 60 a 64).
- vi) El 19 de julio de 2016 el Banco de la República recibió declaración de Luis Miguel Melo dentro del proceso disciplinario adelantado a la actora. Manifestó que la actora radicó la solicitud de un auxilio educativo el 03 de febrero de 2016; que al momento de revisar la certificación emitida por la institución educativa se percató que el siete de la cifra \$176.000 había sido alterado, por lo que intentó comunicarse con la demandante el 04 de febrero de 2016, logrando hablar con ella en horas de la tarde; que la actora le informó que iba a hablar en el colegio para verificar los valores; que llamó a la institución educativa, en la que le dijeron que el valor real era \$126.000; y que la actora el 10 de febrero de 2016 presentó una nueva solicitud de auxilio educacional y le dijo que su esposo le había alterado el primer certificado (fls. 107 y 108).
- vii) El 25 de julio de 2016, el Banco de la República recibió declaración de Luis Guillermo García Escobar dentro del proceso disciplinario adelantado a la actora. Manifestó que la actora hizo una solicitud de auxilio educacional, en la que se encontró que había repisados unos valores; que le informó a la accionante que los documentos que se presentaban al banco

- eran responsabilidad del empleado, por lo que posteriormente la iban a llamar; que formalizó la situación ante su jefe inmediato el 03 de marzo de 2016; y que la actora le informó que quien realizó la adulteración fue su esposo, y que lo que le estaban haciendo era una persecución sindical (fls. 109 y 110).
- viii) El 27 de julio de 2016, el Banco de la República recibió declaración de María Elena Roca M'Causland dentro del proceso disciplinario adelantado a la actora. Manifestó que independientemente del proceso disciplinario que se pueda seguir a una trabajadora, es obligación del empleador girar los valores por concepto de auxilio de educación, puesto que se trata de una obligación adquirida convencionalmente; que por tal motivo, se le giró el valor del subsidio a la demandante; y que se hizo con base en el documento que ya se encontraba corregido y sin enmendaduras (fls. 111 y 112).
- ix) El 29 de diciembre de 2016 se efectuó estudio grafológico dentro del proceso disciplinario adelantado contra la actora, en el que se encontraron tres alteraciones, no obstante, dos no afectaban el documento original, empero, una era una modificación aditiva, pues se alteró el valor del almuerzo mensual que equivalía a \$126.000, pues en uno de sus números, en el "2" se trazaron líneas para que pareciera un "7", y se entendiera que la suma era \$176.000 (fls. 202 a 204).
- x) El 29 de diciembre de 2016, la actora presentó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, informando que Alfredo Vergara Rondan adulteró unos documentos que presentó al Banco de la República con el fin de acceder a un auxilio educacional (fls. 273 y 274).
- xi) El 14 de marzo de 2017, el Banco de la República recibió declaración de Carlos Demetrio Peña Camargo dentro del proceso disciplinario adelantado a la actora. Manifestó que fue al colegio a radicar una solicitud para que le confirmaran la información suministrada telefónicamente de las condiciones en que se emitió la certificación; y que ellos confirmaron que esta no tenía enmendaduras cuando ellos la emitieron, y que la actora posteriormente fue a pedir una nueva certificación,

supuestamente porque había caído un yogurt en la primera certificación (fls. 266 y 267).

- xii) El 22 de marzo de 2017, el Banco de la República recibió las declaraciones de Jenny Catalina Matta Carreño y Giovanni Orlando Celis Sánchez dentro del proceso disciplinario adelantado a la actora. Manifestaron que eran la Rectora y el Gerente Administrativo del Liceo Americano Mi Gran Casa Azul, respectivamente; que la actora solicitó dos veces la certificación de los valores del colegio, por cuanto al primer certificado supuestamente le cayó un yogurt; y que el valor por concepto de almuerzo para 2016 era \$126.000 (fls. 277 a 280).
- xiii) El 16 y el 30 de agosto de 2017, el Banco de la República recibió las declaraciones de Jairo Silva Velandia y Jorge Enrique Briceño Cifuentes dentro del proceso disciplinario adelantado a la actora. Ratificaron la entrega del documento adulterado (fls. 309, 311, y 312).
- xiv) El 21 de septiembre de 2017, el Banco de la República recibió la declaración de Ángela Milena Martínez Urrea dentro del proceso disciplinario adelantado a la actora. Manifestó que la Secretaria del Liceo Americano Mi Gran Casa Azul ratificó que la actora solicitó dos veces la certificación de los valores del colegio, por cuanto al primer certificado supuestamente le cayó un yogurt, y que el valor por concepto de almuerzo para 2016 era \$126.000 (fls. 329 y 330).
- xv) El 16 de julio de 2018, el Banco de la República decidió formular cargos a la accionante por haberse presentado un documento con alteraciones con la finalidad de acceder al auxilio educativo convencional (fls 358 a 377).
- xvi) El 11 de marzo de 2019, el Banco de la República recibió la declaración de Alfredo Vergara Rondan dentro del proceso disciplinario adelantado a la actora. Manifestó, que era el único responsable de la adulteración del documento, por cuanto la actora ponía el subsidio que le daba el banco, y él debía poner el excedente, de manera que ante la difícil situación económica que estaba atravesando decidió alterar el documento (fls. 37 y 38).

- xvii) El 11 de septiembre de 2019 declaró probada la falta disciplinaria en la que incurrió la demandante, con sanción de destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de la función pública durante 12 años (fls. 76 a 97 del Cuaderno del Expediente Disciplinario).
- xviii) El 29 de noviembre de 2019 se confirmó la decisión tomada el 11 de septiembre de 2019 (fls. 120 a 125 del Cuaderno del Expediente Disciplinario).

Por otra parte, comparecieron a rendir testimonio **Luis Guillermo García Escobar** quien reiteró que en febrero de 2016 era el jefe encargado de la Sección de Prestaciones Sociales del Departamento de Gestión Humana; que el 03 de febrero de 2016, la actora radicó el formato de solicitud del auxilio en el que adjuntaba un certificado del colegio; que quien recibió la documentación fue Luis Miguel Melo, quien observó algo inusual en el certificado del colegio; que le hizo saber la situación, de manera que al validar el documento ven como un tachón, un borrón; que avisaron al jefe inmediato; que la inconsistencia era que el valor del almuerzo decía \$176.000, pero parecía que el valor era de \$126.000; que días después llamó a la actora porque presentó una nueva solicitud el 10 de febrero de 2016, y le avisó que había una enmendadura en el primer documento, a lo que ella respondió que el esposo de pronto le había alterado el documento, a lo que le dijo que el responsable de hacer la solicitud era el empleado, quien era beneficiario de la convención colectiva; que la enmendadura del certificado se notaba de cerca, de lejos, no, se veía repisado el dos y se le hizo como una patica quedando como un siete; y que la firma de la actora está en el documento de solicitud del auxilio educacional.

En igual sentido, **Luis Miguel Melo Espejo** señaló que era el Analista de Nómina de Prestaciones Sociales del Banco de la República; que es el encargado de girar los auxilios educacionales; que fue quien recibió la solicitud de la demandante el 03 de febrero del 2016; que el 04 de febrero de 2016 procedió a verificar la solicitud para realizar el giro, pero que el valor que certificaba el colegio del almuerzo no era claro, puesto que había un número que parecía un dos y un siete; que trató de comunicarse con la actora, por lo que llamó al colegio a verificar los datos; que cuando logró

comunicarse con la actora, ella indicó que ella hablaba con el colegio y que luego traería la certificación; que habló con su jefe, y a raíz de ello, insistió en el colegio, le contestaron, y se percató que los valores certificados no concordaban con los que expresaba el colegio; que la tachadura en el documento era muy evidente, se veía el dos, pero le hacían la raya para que se viera como siete; y que el giro del auxilio educativo se hizo con la segunda solicitud, más no con la primera.

Jairo Silva Velandia tan sólo refirió que tuvo conocimiento de manera indirecta del caso de la actora porque Luis Guillermo García Escobar subió a su oficina y le comentó la situación; que encontraron una inconsistencia en una solicitud de auxilio educacional, consistente en que había una diferencia entre unos valores en el documento certificado por el colegio y la solicitud que había solicitado la empleada.

Finalmente, **Alfredo Vergara Rondan** reiteró que fue quien recogió el documento en el colegio de su hija; que la actora no fue por motivos de trabajo; que al ver los montos del colegio y dado que económicamente estaba muy mal, no tenía un trabajo estable, y había quedado con la actora, que ella asumía los pagos mediante el auxilio del banco y que él daba el saldo, en un acto de desesperación modificó el monto, le dictó el valor enmendado, y le llevó el documento después; que el cambio era en el concepto de la alimentación, que eran unos \$126.000, y modificó el dos por el siete, para que quedara en \$176.000; que de la denuncia presentada por la actora no ha habido ninguna solución; que la actora se enteró de la adulteración a la semana; y que a los tres días de efectuar la adulteración retornó a Perú; que tenía conocimiento de los montos y topes del banco para el auxilio de educación.

Pues bien, del análisis de la prueba recaudada, se advierte que el hecho generador del despido se encuentra acreditado con el memorando terminación de folios 43 y 44, en el que quedó plasmado que:

El 03 de febrero de 2016 la actora solicitó un auxilio educacional acompañado de la Certificación de Educacional-Familiares, en la que se observaban alteraciones en la cifra que se registra como correspondiente al

costo de almuerzo; que en dicho formulario se registró un valor mensual por concepto de almuerzo de \$176.000 que coincidía con los valores observados en la solicitud de auxilio educacional; y que el valor real por tal concepto era de \$126.000, conforme información suministrada por el colegio el 19 de marzo de 2016.

Así las cosas, se tiene acreditado el hecho y/o hechos generadores del despido de la demandante, por lo que se procederá a estudiar si estos constituyen o no justa causa. Para cumplir tal cometido, se verificará en primer lugar si era necesario o no agotar un procedimiento previo para llevar a cabo el despido.

De esta manera, la Sala se remite al contrato de trabajo y a la convención colectiva de folios 484 a 501, encontrándose que de un lado, no existe al interior del Banco demandado un procedimiento especial para finalizar la relación laboral existente entre las partes, y de otro lado, como quedó dicho en precedencia, no resultaba necesario que el empleador agotase el procedimiento disciplinario para dar por finalizado el contrato de trabajo de la accionante, pues se reitera que una misma conducta puede generar diversas consecuencias jurídicas y, por ello, ser objeto de investigación a través de un procedimiento, que sería el disciplinario, dado que ese comportamiento puede lesionar el interés jurídico de la transparencia y moralidad en la prestación de un servicio público, y a su vez, ser objeto de reproche por el empleador, en la medida que se pierde la confianza y dinamismo en la relación laboral, dando lugar a dos actuaciones diferentes, en la que se protegen intereses claramente diferenciables, dado que tienen una causa y una finalidad diversa.

Ahora, y en relación con la acreditación de la justa causa, se encuentra que, en la carta de terminación del vínculo laboral, la demandada hace alusión a que sufrió engaño por parte de la trabajadora, mediante la presentación de certificados falsos tendientes a obtener un provecho indebido.

Al respecto, el artículo 62 del C.S.T dispone:

“Artículo 62. Terminación del Contrato por Justa Causa. <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A). Por parte del {empleador}:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido. (...)

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

Se extrae de la citada norma que son tres los supuestos de hecho que deben acreditarse para obtener como efecto jurídico la justeza de la causal contemplada en el numeral primero del citado artículo: **i)** que el trabajador hubiera engañado al empleador **ii)** que dicho engaño se produjera mediante la presentación de certificados falsos y **iii)** que la conducta se hubiere ejecutado a fin de obtener un provecho indebido.

Rememórese que el hecho que dio lugar al despido fue el haberse presentado por parte de la demandante al empleador - en el trámite de un auxilio educacional - una certificación de la institución donde su hija menor adelanta estudios, a la cual se le hicieron alteraciones concretamente en la cifra que se registra como correspondiente al costo de almuerzo; y que el valor real por tal concepto era de \$126.000.00 y no de \$176.000.00, conforme información suministrada por el colegio el 19 de marzo de 2016.

Las pruebas que dan cuenta de dichos hechos son las declaraciones recepcionadas en el proceso disciplinario, de Luis Miguel Melo, Luis Guillermo García Escobar, María Elena Roca M’Causland, Carlos Demetrio Peña Camargo, Jenny Catalina Matta Carreño y Giovanni Orlando Celis Sánchez, Jairo Silva Velandia, Jorge Enrique Briceño Cifuentes, y Ángela

Milena Martínez Urrea, quienes al unísono señalan que la accionante entregó una certificación que estaba adulterada en cuanto al valor del concepto del almuerzo, pues su valor real era de \$126.000, pero se enmendó para señalarse la suma de \$176.000.

A su vez, los testigos Luis Miguel Melo y Luis Guillermo García Escobar, ratificaron en el proceso judicial las declaraciones rendidas en el proceso disciplinario, informando que **la demandante presentó** ante el empleador un certificado con un número adulterado en el concepto de alimentación o almuerzo. Inclusive, del interrogatorio de parte de aquella, se logra extraer que fue ella quien elevó la solicitud de auxilio convencional, que fue ella quien lo suscribió y que fue ella quien anexó el certificado educacional, el cual se encontraba adulterado.

La anterior adulteración además encuentra su sustento en el concepto grafológico que se efectuó en el proceso disciplinario seguido contra la actora, en el que se estableció que se realizó una modificación aditiva al incorporarse al dos de la suma \$126.000, trazos con el fin de que pareciera el valor de \$176.000.

Pues bien. Lo primero por resaltar es que, a más de las pruebas que frente a ello militan en la documental y se recaudaron en la testimonial, está acreditado **i)** el engaño al empleador, **ii)** que ello aconteció con la presentación de un certificado que la demandante reconoció como adulterado y que, **iii)** dicho certificado se presentó con el fin de obtener un auxilio estudiantil por valor superior al verdadero.

Adicionalmente, conforme la causal del numeral 1° del literal a) del artículo 62 del C.S.T., la acción que configura la justa causa para despedir es "*la presentación*" de certificados falsos tendientes a obtener un provecho indebido, lo que en efecto aconteció, pues fue **la demandante** quien **presentó el certificado adulterado** dentro de la solicitud que elevó para lograr el reconocimiento de un valor por concepto de auxilio educacional, documento adulterado del que surge el **provecho indebido** consistente en el incremento en el valor a reconocer por el empleador. Era la trabajadora a quien le correspondía verificar que los documentos que estuviera

entregando se acompañaran con la realidad, pues era ella en su calidad de trabajadora, la que resultaría beneficiaria del auxilio educativo.

En ese orden de ideas, le asiste razón al A Quo en cuanto a que la diligencia y cuidado en este tipo actuaciones se espera única y exclusivamente de la trabajadora, de manera que en este caso la discusión en torno a si existió o no un tercero que participara en la adulteración del documento resulta inane, pues no es justificable que la actora hubiera presentado los documentos sin el respectivo cotejo de los valores certificados por la institución educativa y los consignados en la solicitud de auxilio educacional, más aún cuando de conformidad con las reglas de la lógica, y de la experiencia, una persona en condición de madre responsable de los gastos de su hija, tiene conocimiento de los costos académicos que le representa la matrícula y de los gastos estudiantiles, máxime si se tiene en cuenta que según el dicho de la propia actora en interrogatorio, el padre no le reconocía una suma periódica para afrontar los gastos de su menor hija.

Se resalta como ya se dijo en líneas anteriores de esta decisión que fue la demandante quien introdujo el documento adulterado en el Banco, anexando no sólo el certificado de la institución educativa enmendado, sino mencionando en la respectiva solicitud, que el valor por concepto de alimentación equivalía a la suma de \$176.000, documento que fue suscrito de su puño y letra, y que, al ser firmado y presentado por ella, debió corroborar, pues en este es ella quien al plasmar su firma, está dando fe y/o declarando los valores sobre los que se va a solicitar el auxilio educacional.

Corolario de lo anterior, no se observa el defecto material que se le enrostra a la aplicación del numeral primero del literal a) del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, pues como ya se vio, el A Quo fijó adecuadamente el alcance que se dio a la norma aplicada concluyendo de manera acertada que el Banco demandado acreditó los presupuestos legales que dan lugar a la configuración de la causal contenida en el numeral primero del literal a) del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, para dar por terminado el contrato con justeza y por ende logró enervar las pretensiones de la demanda.

Demandante: **JENNY ASTRID MAYORGA MAYORGA.**

Demandado: **BANCO DE LA REPÚBLICA.**

Conforme a lo anteriormente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia, conforme lo dispuesto en los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, al no salir avante el recurso de apelación, se causan a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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 05-023-2019-00559 -01

Demandante: **JENNY ASTRID MAYORGA MAYORGA.**

Demandado: **BANCO DE LA REPÚBLICA.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 la solicitud de pruebas elevada por la parte actora el 21 de junio de 2021, y de ser procedente, el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MIGUEL MARTÍNEZ GUEVARA** promoviese contra **COLPENSIONES**.

II. AUTO

Previo a proferir la sentencia que en derecho corresponda, se hace necesario advertir que el 21 de junio de 2021, el apoderado de la parte demandante allegó nuevas pruebas, historia laboral de COLPENSIONES y Resolución N° 370 de 2021, mediante la que se acepta la renuncia de la accionante de la planta de personal de la Secretaría Distrital de Gobierno.

Al respecto, es menester rememorar que la oficiosidad ha sido establecida como facultad, consecuente con la búsqueda de la verdad real por encima de la verdad formal, la cual es ejercida por el Juez como supremo director del proceso y, en consecuencia, según su criterio y sin romper el equilibrio procesal, es decir, sin tratar de subsanar la inercia o las deficiencias probatorias en las que hayan podido incurrir cualquiera de las partes, puede decretar la práctica de los medios de prueba que considere indispensables para alcanzar la verdad real de los hechos sujetos a su decisión, o de insistir en aquellas que por culpa atribuible a un tercero no se llegaren a practicar, resultando éstas necesarias, ineludibles e imperiosas para decidir la cuestión litigiosa.

Por su parte, el artículo 83 del C.P.T y de la S.S., establece que es posible decretar pruebas en segunda instancia, así: (i) a petición de la parte interesada, cuando en la primera instancia se dejaron de practicar sin su responsabilidad y habían sido decretadas, y (ii) las demás que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta; normativa que puede armonizarse con lo previsto en el artículo 54 *ejusdem*, que faculta el decreto de pruebas de oficio para el completo esclarecimiento de los hechos, recuérdese que la legislación procesal del trabajo confiere amplias facultades a los jueces de instancia para decretar pruebas de oficio y esclarecer la verdad en el proceso, siempre que se cumplan a cabalidad los principios de publicidad y contradicción, tal y como se advirtió por parte de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL847-2021.

Sentadas las anteriores premisas, y evaluado el acervo probatorio considera la Sala que con la prueba documental allegada es posible tomar una decisión de fondo sin afectar los derechos fundamentales del accionante ni del accionando, máxime si se tiene en cuenta que la parte actora el 01 de febrero y el 04 de mayo de 2021 elevó solicitud para que se tuvieran en cuenta nuevos documentos, sin mencionar los que se allegan a través del memorial del 21 de junio de 2021, a lo que accedió la Sala mediante auto del 02 de junio de 2021, en el que se dispuso la declaratoria de oficio de los siguientes documentos:

- Certificación de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones junto con los correspondientes salarios percibidos por el actor mes a mes.
- Historia laboral actualizada a marzo de 2016.
- Certificación laboral de vinculación y tiempo de servicio del demandante al servicio del distrito.
- Historia laboral actualizada a octubre de 2020.
- Certificación laboral de la Secretaria Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Aunado a lo anterior, en la aludida providencia del 21 de junio de 2021 se dispuso correr traslado por el término de cinco días a las partes, para que hicieran las manifestaciones de rigor sobre las pruebas decretadas de oficio, no obstante, guardaron silencio, por lo que la solicitud de tener como pruebas decreto de los documentos, historia laboral de COLPENSIONES y Resolución N° 370 de 2021 resulta **extemporánea**.

Por lo anteriormente expuesto, **NO SE ACCEDERÁ AL DECRETO Y/O PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS**, y se procederá a estudiar la correspondiente sentencia, previo los siguientes,

III. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, y que esta es compatible con la pensión de invalidez que actualmente devenga. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de una pensión de jubilación conforme a los presupuestos de la Ley 33 de 1985, a partir de la fecha que por ley corresponda, teniendo en cuenta lo percibido por el trabajador durante el último año de servicios, junto con los intereses moratorios, e indexación.

Subsidiariamente, solicita el reconocimiento y pago de una pensión por aportes conforme a la Ley 71 de 1988.

Como pretensión subsidiaria de segundo nivel (sic), pretende el reconocimiento y pago de una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

Como pretensión subsidiaria de tercer nivel (sic), peticiona que se declare que “tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión incoada y de que tratan las pretensiones subsidiarias antes descritas, una u otra, plenamente compatible con la pensión invalidez no profesional, que a su favor decretó la autoridad competente”.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: 1) Nació el 16 de febrero de 1957; 2) Mediante Resolución 3126 de 1977, el I.S.S. le reconoció una pensión de invalidez de origen no profesional; 3) Se encuentra vinculado con entidades de derecho público desde el 23 de junio de 1982; 4) Le fue suspendido el reconocimiento prestacional por encontrarse laborando en el sector público, siendo reactivada su pensión por sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral; 5) Solicitó el 25 de abril de 2018 a Colpensiones su pensión de jubilación y/o vejez, no obstante, a la fecha no se ha emitido respuesta.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 112 a 121), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, pago y compensación, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, y la innominada o genérica.

Expuso que el accionante no radicó los documentos completos para que se le reconociera una pensión, puesto que se requirió que si se obraba a través de tercero autorizado se debía allegar carta de autorización con las facultades específicas de quien lo representa.

En último término, adujo que para ser beneficiario de una pensión del régimen de transición es necesario que se acrediten 40 años de edad o 15 años de servicios.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de febrero de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, dado que al 01 de abril de 1994 apenas contaba con 34 años de edad y había cotizado 258,57 semanas.

En último término, señaló que por lo anterior, no es dable acceder a las pensiones que regían antes de la Ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición, tales como la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988, y el Acuerdo 049 de 1990; que al no reconocerse ninguna de las anteriores prestaciones, no es posible declarar su compatibilidad con la pensión de invalidez que actualmente devenga el accionante.

4. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Expuso que el accionante es beneficiario del régimen de transición, pues éste cotizó al I.S.S. con un aportante particular entre 1971 y 1977; que el accionante cotizó a través de una entidad pública de orden distrital desde el 23 de junio de 1982 por más de 35 años; y que de conformidad con lo anterior, sería dable el estudio de las pensiones solicitadas, así como la

compatibilidad de estas con la pensión de invalidez de la que goza el actor, al ser las prestaciones de origen diferentes.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

El 02 de junio de 2021 se dejó sin efectos el auto que corrió traslado a las partes para alegar, se dispuso el decreto de pruebas de oficio, y se corrió traslado por el término de tres días para que las partes efectuaran el correspondiente pronunciamiento respecto de las pruebas incorporadas oficiosamente, no obstante, las partes no efectuaron manifestación alguna.

El 11 de junio de 2021 se dispuso correr nuevo traslado a las partes para alegar de conclusión, el que fue utilizado por los apoderados de las partes 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 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.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si el actor es beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, si puede acceder a una pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985; y si dicha pensión es compatible o no con la pensión de invalidez de la que actualmente se encuentra gozando.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985.

El régimen de transición pensional es un mecanismo de protección de expectativas pensionales que consiste en que las reglas legales del régimen actual se combinan con algunas reglas del régimen anterior.

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quiénes son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijó los criterios del siguiente modo: son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.

“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 (...).

Ahora bien, para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “al entrar en vigencia el sistema”, es decir, por regla general el 1 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigencia del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993, limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014. Sobre el tópic, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en pacífica jurisprudencia tiene sentando que:

“El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, limitó la vigencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de julio de 2010, pero, en aras de salvaguardar las expectativas de la personas cercanas a causar una pensión por virtud de esa transición, extendió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014 siempre que al 29 de julio de 2005, contaran al menos con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios. Puntalmente la norma establece:

Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

De lo anterior deriva, que quienes no causaran el derecho pensional antes de 31 de julio de 2010 se acogerían al nuevo sistema general de pensiones, a menos que cumplieran las condiciones exigidas para la prórroga de la transición” (sentencia SL1466-2021).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) Miguel Guevara Martínez nació el 16 de febrero de 1957 (fl. 66).

- ii) Mediante la Resolución 3126 de 1977, al demandante le fue reconocida por parte del I.S.S. una pensión de invalidez de origen común a partir del 13 de noviembre de 1976 (fls. 57 y 58).
- iii) A través de la Resolución 1514 de 1990 se suspendió el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, entre otras razones por encontrarse laborando al servicio del Fondo de Ahorro de Vivienda Distrital- FAVIDI (medio óptico de folio 139).
- iv) Mediante sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 14 de abril de 1997, se ordenó la reanudación del pago de la prestación (medio óptico de folio 139).
- v) Mediante Resolución 21081 de 1999, el demandante fue incluido nuevamente en nómina de pensionados, en cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá (medio óptico de folio 139).
- vi) El accionante laboró al servicio del **Fondo de Ahorro de Vivienda Distrital- FAVIDI del 23 de junio de 1982 al 31 de diciembre de 2003**, según formatos CLEBP de folios 167 a 172.
- vii) El actor se encuentra laborando para la **Secretaría Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. desde el 01 de enero de 2004 hasta la fecha** (fl.172 a 182).
- viii) El demandante registra **288,57 semanas** en su historia laboral con anterioridad al 23 de junio de 1982 (fls. 177 a 182).
- ix) El actor elevó reclamación de reconocimiento de pensión de vejez y/o jubilación el 02 de mayo de 2018, la que se respondió solicitándose entre otros documentos, poder debidamente conferido por la persona que elevaba la petición a nombre del demandante (medio óptico de folio 139).

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que para el accionante la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 30 de junio de 1995, como quiera que se encontraba laborando al servicio del Fondo de Ahorro de Vivienda Distrital- FAVIDI, entidad que es del orden distrital y por ende le resulta aplicable el artículo 3° del Decreto 348 de 1995 que a su tenor dispone:

“Artículo 3.- Régimen de transición. El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y normas que lo reglamentan ampara a los servidores públicos del Distrito Capital que a 30 de junio de 1995 reúnan los requisitos allí señalados, siempre y cuando seleccionen el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.”

De esta manera, tenemos que si bien el accionante para el 30 de junio de 1995 contaba con 38 años, 4 meses, y 15 días, para tal data sí alcanzaba más de 15 años de servicios, pues según historia laboral de folios 177 a 182 cotizó entre el 17 de noviembre de 1971 y el 28 de agosto de 1977, **288,57** semanas, y conforme a los formatos CLEBP de folios 167 a 172, se encontraba laborando al servicio del Fondo de Ahorro de Vivienda Distrital-FAVIDI desde 23 de junio de 1982, contado al 30 de junio de 1995, con **679,26** semanas, por lo que acumuló un total de **967,86 semanas**, es decir, **18,64 años**.

Así mismo, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993 limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014, se encuentra que el accionante cumplió con creces con dicha exigencia, pues ya desde el año 1995 contaba con más de las 750 semanas requeridas para que se le extendiera el régimen de transición hasta 2014, pues como quedó visto a tal fecha acumulaba 967,86 semanas, logrando un total de **1485,71** semanas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a verificar si el accionante al 31 de diciembre de 2014, acredita los requisitos para acceder a una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, normatividad que dispone en el inciso 1° del artículo 1°, lo siguiente:

“Artículo 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una

pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aporte (sic) durante el último año de servicio”.

De esta manera, se observa que el accionante acreditó la edad de 55 años el 16 de febrero de 2012, pues nació el mismo día y mes de 2007; y acreditó 20 años de servicios públicos el 23 de junio de 2002, como quiera que ha estado laborando sin solución de continuidad en el sector público, ya que del 23 de junio de 1982 al 31 de diciembre de 2003 estuvo vinculado con el Fondo de Ahorro de Vivienda Distrital- FAVIDI, y desde el 01 de enero de 2004 hasta la fecha se encuentra laborando con la Secretaría Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Así las cosas, el accionante tiene derecho el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, por lo que, se procederá a verificar si es compatible o no con la pensión de invalidez que actualmente se encuentra devengando, y si en virtud de esta, no es posible reconocer la pensión de que trata la Ley 33 de 1985.

Compatibilidad pensión de jubilación con la pensión de invalidez.

Ciertamente, el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece la incompatibilidad de la pensión de vejez con la pensión de invalidez. Al respecto, la norma en mención establece:

“ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...) **j.** Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”.

Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2679-2019, señala:

“Esta temática ya ha sido resuelta por esta Corporación. Al respecto conviene resaltar lo dispuesto en la Sentencia CSJ SL 1244-2019 en la que se dijo:

[...] los derroteros de la Sala para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes: (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación.

Siguiendo la jurisprudencia citada, el origen del riesgo que pretenda cubrir la prestación económica exigida, definirá su incompatibilidad con cualquier otro tipo de prestación igual o similar. En este orden de ideas, las prestaciones requeridas por el censor son incompatibles, por cuanto, amparan el riesgo de origen común del Sistema General de Pensiones, comparten la igual normativa, fuente de financiación, y son reconocidas por la misma entidad.

En esa medida, la aplicación que el Tribunal le dio al artículo 13 literal j) de la Ley 100 de 1993 se acompasa con el razonamiento jurisprudencial que ha desarrollado la Sala desde hace más de una década. Así se desprende, entre otras, de lo adocinado en la sentencia CSJ SL, 21 de septiembre de 2010, radicación 42279, donde se señaló que «Efectivamente, el mencionado literal se refiere a que ningún afiliado al sistema general de pensiones podrá recibir simultáneamente las pensiones de invalidez y de vejez».

De igual forma, la sentencia CSJ SL, 22 de febrero de 2011 radicación 34820, sostuvo que,

[...] la incompatibilidad entre la pensión de vejez y de invalidez, de suyo lógica, natural y obvia en un sistema de seguridad social que se tilde de integral, en tanto que comporta una articulación de políticas, de normas, de procedimientos, de administración y de prestaciones, tiene hoy consagración legal expresa en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993”.

Por tanto, no resulta jurídicamente posible acceder como lo pretende la activa a que, adicional al reconocimiento de la pensión de invalidez que actualmente devenga, se le sume o reconozca una pensión de jubilación, por cuanto evidentemente dicha posibilidad ha sido proscrita de manera expresa por el literal j) del art. 13 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, lo anterior no impide que aquel pensionado que en virtud de su capacidad

residual hubiese continuado efectuando – como en este caso un importante número de cotizaciones al sistema que sin duda deben tener repercusiones pensionales - no pueda posteriormente lograr una pensión de vejez o de jubilación, nótese que la incompatibilidad únicamente se refiere a devengar las dos prestaciones de forma simultánea, de manera que, puede – en caso de resultarle más favorable – optar una vez cumplidos los requisitos por el cambio a una pensión de vejez, jubilación o por aportes en vez de la de invalidez, posibilidad que se refuerza con lo dispuesto por el artículo el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 10. DISFRUTE DE LA PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio de incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.

(...) La pensión de invalidez **se convertirá en pensión de vejez**, a partir del cumplimiento de la edad mínima fijada para adquirir este derecho”.

En relación con norma transcrita, la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL4005-2020 dijo:

“1.4 De la «Mutación» entre la pensión de invalidez y la de vejez

Indiscutiblemente, la redacción del acápite final del artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, permitiría entender que la pensión de invalidez se convertirá en una de vejez cuando se cumplan los requisitos de esta última.

Sin embargo, contrario a lo que sugiere la censura, en el escenario en que la persona se encuentre percibiendo la pensión de invalidez y, posteriormente, cause el derecho a la de vejez, la primera desaparecerá en su integridad y sólo quedará vigente la segunda en los términos de la norma con la que se causa, es decir, bajo sus reglas propias de liquidación y disfrute.

Esto no implica una continuidad pura y simple entre ambas prestaciones, pues ello supondría desconocer que son incompatibles por ministerio de la ley y que se derivan de requisitos y contingencias disímiles.

Tal y como se reflexionó en precedente, el propósito del artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990 era regular una eventual compatibilidad entre ambas prestaciones, invitando a que el pensionado optara por alguna de las dos, siempre que ambas estuvieran plenamente causadas”.

Las anteriores razones son suficientes para REVOCAR la sentencia la venida en apelación, para en su lugar CONDENAR al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, en reemplazo de la pensión de invalidez que viene disfrutando, siempre y cuando le resulte más favorable que esta.

FECHA DE RECONOCIMIENTO.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos; que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma; y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias SL6159-2016 y SL5515-2016). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a

disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional. Así lo dijo, en la aludida sentencia **SL4073-2020**:

“Sobre el particular, manifiesta la Sala que asiste la razón a la impugnación, como quiera que el alcance que se le ha dado a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en conjunto con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4.º de la Ley 797 de 2003, se ha venido morigerando con el tiempo, al paso que hoy se considera que el *retiro del régimen*, en tratándose de trabajadores del sector privado, es comprobable de más de una manera, expresa o tácita, deducible en uno u otro caso del comportamiento adoptado por el destinatario de la prestación. Así lo viene asentando la Corte, entre otras en la sentencia CSJ SL5541-2019, 27 nov. 2019, rad. 79370:

Pues bien, la controversia planteada en ambos cargos, se concreta a determinar la fecha de desafiliación del sistema, a partir de la cual se habilita el disfrute de la pensión de vejez, según lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que reza:

ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

Sobre la figura de la desafiliación, esta Sala ha considerado que aquella acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender. En esa medida, sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049

de 1990, la Sala ha adoctrinado que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada. Así se adoctrinó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:

De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, en principio, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Esos preceptos resultan aplicables al sub lite, por tratarse aquí de una prestación concedida bajo esos reglamentos, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, lo anterior, esta Sala de la Corte en varias de sus jurisprudencias ha morigerado el alcance de esas disposiciones, entre ellas, cuando del comportamiento del asegurado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016).

En sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación precisó que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, «admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido.

(...) Al examinar el acervo probatorio allegado al plenario, advierte la Sala que a f.º 19, obra el documento de identidad del actor, que da cuenta de que nació el 28 de agosto de 1949, por los que los 60 años los cumplió el 28 de agosto de 2009.

Igualmente, reposa el reporte de semanas cotizadas en el cual se consigna como último aporte el registrado el 30 de agosto de 2009 (f.º 110 - 120), y

este dato se corrobora, además, en la Resolución n.º 000749 del 14 de enero de 2011, expedida por el ISS (f.º 20 – 22), fecha que indudablemente debe considerarse como aquella en la que se desafilió el actor del sistema de pensiones, como ya se dijo en sede extraordinaria, pues al haber satisfecho los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en aplicación del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4.º de la Ley 797 de 2003, cesó la obligación de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, con independencia de que su vínculo laboral con el Banco de Bogotá, estuviera vigente (f.º 51)

En ese orden, el goce del derecho pensional se debió producir desde el 01 de septiembre de 2009”. (Subrayado por la Sala).

Descendiendo al caso, tenemos que según el certificado CLEBP de folios 167 a 172, la certificación laboral de folio 176, y la historia laboral de folios 177 a 182, el demandante **aún se encuentra laborando para la Secretaría Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., efectuando cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones a través de Colpensiones**, por lo que, resulta cierto que no ha cesado en las cotizaciones y, por ende, no puede hablarse de su desafiliación del sistema.

Aunado a lo anterior, al tratarse de un servidor público conforme a la pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencias SL34685-2021, SL10138-2015, SL5284-2019, y SL2125-2020, por mencionar algunas, no puede disfrutar la pensión hasta tanto no se retire del servicio activo, pues de lo contrario, podría el actor disfrutar de una doble asignación proveniente del erario público. En sentencia SL2125-2020 dijo:

“En el *sub lite*, si bien es cierto que la demandante se retiró del sistema para el ciclo de junio de 2006 (f.º 17), no lo es menos que continuó laborando al servicio del Municipio de Bello (f.º 10), hasta el 31 de agosto de 2010, siendo esta una de las exigencias para que los servidores públicos disfruten de la pensión de vejez, tal y como se ha sostenido en la sentencia CSJ SL 34685, 1 feb. 2011; reiterada posteriormente, en las decisiones SL 49236, 24 abr. 2012, CSJ SL1092-2019 y SL230-2020, entre otras. En la primera, se indicó:

Sea lo primero puntualizar que la obligación de pagar la pensión de jubilación a la que tienen derecho los trabajadores oficiales, que fue la reconocida al actor, surge cuando el trabajador se retira del servicio activo, de manera que su reconocimiento ha de hacerse desde el momento del retiro o de la desafiliación, con base en los ingresos devengados hasta tales oportunidades, como que en el cómputo de la pensión debe ser considerado el último día de prestación de servicios.

Precisa advertir que la percepción simultánea de pensión de jubilación oficial y de salarios, en razón de la vigencia de la vinculación laboral, resulta antitética; y que tal incompatibilidad se predica aún en la hipótesis de que hubiese sufrido variación la calidad jurídica con la que se adquirió el derecho a la pensión de jubilación, en tanto que no es de recibo la escisión de la norma en obsequio de aplicarla respecto de los presupuestos para la adquisición de la prerrogativa jubilatoria, pero soslayarla en relación con los requerimientos o condiciones reclamados para su efectividad o disfrute.”

Así las cosas, COLPENSIONES deberá reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación de que trata el art. 1° de la Ley 33 de 1985, en reemplazo de la pensión de invalidez que viene disfrutando, siempre y cuando le resulte más favorable, a partir del día siguiente en que efectúe el retiro del servicio activo del sector público.

Ingreso Base de Liquidación.

Dado que el accionante es beneficiario del régimen de transición, se hace necesario acudir al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para establecer la forma como se debe calcular la pensión. Al respecto, la norma aludida dispone que los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, se rigen por la normatividad anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, mientras que las demás situaciones se regulan con el nuevo sistema de seguridad social integral, por lo que, el ingreso base para liquidar la pensión está sometido a los preceptos de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dijo:

“Tampoco incurrió en error al apoyarse en la jurisprudencia de esta Sala, para decir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios los requisitos del régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, no así lo concerniente con el ingreso base de liquidación, dado que éste sería calculado en los términos del inciso 3° del referido artículo, para quienes les hiciera falta 10 años o menos para el derecho pensional, pues así lo tiene definido pacíficamente la jurisprudencia de la Sala, entre otras, en las sentencias de casación CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33.343; CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 44238; CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 53037 y CSJSL, 9411-2015 de 15 jul. 2015, rad. 52129”.

Ahora bien, el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho, 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 a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho, 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; y ha sido

acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, esta última corporación sostuvo:

(...) La Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL-. En la sentencia, por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.

(...) Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala evidencia que en el caso del actor no existe vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente, no se estructuró el defecto sustantivo alegado, en razón a que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las salas de revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que dicho precedente cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, en donde fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado”.

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado (...)."

Conforme a las normas transcritas, no es dable liquidar la pensión del accionante con el último año de servicios como se persigue en la demanda, sino con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los últimos diez años de cotización o el de toda la vida laboral, según le resulte más favorable.

Así mismo, y dado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite que se aplique el monto o la tasa de reemplazo del régimen anterior, se tendrá la que establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 antes transcrito, esto es, el 75%.

Por tanto, COLPENSIONES deberá reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación de que trata el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en reemplazo de la pensión de invalidez que viene disfrutando, siempre y cuando le resulte más favorable que esta; prestación que deberá reconocerse a partir del día siguiente en que se desvincule MIGUEL MARTÍNEZ GUEVARA del servicio activo del sector público; y que deberá calcularse tomando como I.B.L. el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y una tasa de reemplazo del 75%. Igualmente, la pensión de jubilación deberá pagarse en trece mesadas al año, ser objeto de los reajustes legales anuales correspondientes, y reconocerse debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago.

Al punto, se aclara que se reconoce la prestación sobre trece mesadas, como quiera que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, pues el actor acreditó la edad de pensión el 21 de julio de 2013. Lo dicho, conforme a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

PRESCRIPCIÓN.

La finalidad de la prescripción no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo. En ese orden de ideas, el paso del tiempo extingue el derecho o la obligación, en razón a que la persona interesada no ejerce el derecho dentro del tiempo estipulado por la ley. En materia laboral, el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., dispone:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”.

En el caso objeto de estudio, encontramos que aún no se ha causado la primera mesada pensional, como quiera que la pensión de jubilación quedó supeditada al retiro del accionante al servicio activo en el sector público, de manera que, ante la falta de nacimiento de tal prestación, no es dable predicar su extinción.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de vejez. Al respecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago”.

En el *sub examine*, vemos que aún no se han causado mesadas pensionales, como quiera que el pago de la pensión de jubilación del accionante está supeditado a que éste se retire del servicio activo en el sector

público, por manera que, mal podría imponerse condena por demora en su pago, pues aún no se ha causado la primera mesada pensional a favor del accionante.

No obstante, se ordenará que la pensión se pague debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago, pues su valor se podría ver sometido a depreciación monetaria, por lo que resulta necesario garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo podría devaluarla. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. 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** la sentencia. En su lugar, se dispone:

- A. CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de MIGUEL MARTÍNEZ GUEVARA de la pensión de jubilación de que trata el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en reemplazo de la pensión de invalidez que viene disfrutando, siempre y cuando le resulte más favorable que esta; prestación que deberá reconocerse a partir del día siguiente en que se desvincule MIGUEL MARTÍNEZ GUEVARA del servicio activo del sector público; y que deberá calcularse tomando como I.B.L. el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y una tasa de reemplazo del 75%. Igualmente, la pensión de jubilación deberá pagarse en trece mesadas al año, ser objeto de los reajustes legales

anuales correspondientes, y reconocerse debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago.

B. ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

C. Sin costas en primera instancia.

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



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JENNY PAOLA GUTIÉRREZ** promoviese contra las **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.**

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del 21 de diciembre de 2010 al 31 de octubre de 2015. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, sanción por no

consignación de las cesantías, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, indemnización moratoria, licencia de maternidad, aportes a seguridad social, que se reconozca el tiempo de servicio en dicha entidad para fines pensionales, e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones argumenta: 1) Prestó sus servicios a las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., como Auxiliar Contable y Profesional en Contaduría, mediante diferentes contratos de prestación de servicios que se celebraron entre el 21 de diciembre de 2010 y el 31 de octubre de 2015, sin solución de continuidad; 2) Estuvo bajo estricta subordinación y dependencia, y prestó sus servicios cumpliendo un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 AM a 5:00 PM, aunque generalmente en desarrollo de su labor sobrepasaba tal horario; 3) Debía entregar bajo inventario sus elementos de trabajo, dar estricto cumplimiento al Código de Ética de la demandada, usar formatos preestablecidos por la entidad; 4) Fue afiliada a riesgos laborales por parte de la demandada a la A.R.L. Positiva; 5) Por encontrarse en estado de embarazo le fue suspendido el contrato EPC-PS-007 de 2014; 6) Pese a lo anterior, desarrolló su labor sin contraprestación económica alguna durante el tiempo de la suspensión de su contrato EPC-PS-007 de 2014; y 7) El 05 de abril de 2018 presentó reclamación administrativa, pero se dio respuesta negativa a sus pedimentos.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. (fls.483 a 504), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de contrato realidad de trabajo, prestación personal del servicio, buena fe de la entidad demandada e improcedencia de sanción moratoria, y prescripción del reconocimiento de la presunta relación laboral.

Aceptó los hechos relativos a que el 05 de abril de 2018 se presentó reclamación administrativa y que profirió respuesta negativa de los pedimentos. Frente a los demás afirmó no constarle o no ser ciertos.

En su defensa, adujo que si bien la prestación del servicio de la demandante se realizó de manera personal, no es menos cierto que no existió subordinación, toda vez que las obligaciones contractuales consistente en el apoyo de la gestión contable y tributaria de la entidad, por su misma esencia, le otorgaban independencia; que no se pagó salario sino honorarios a través de la presentación de cuentas de cobros y el informe de avance de sus obligaciones contractuales; y que en los contratos de trabajo hubo solución de continuidad.

Manifestó que conforme jurisprudencia de la Corte Constitucional la prescripción de tres años de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, de manera que deberá observarse frente a las pretensiones incoadas.

Finalmente, expuso que la sanción moratoria no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador al terminar el contrato de trabajo no cumpla con sus obligaciones salariales y prestacionales, sino que debe observarse la conducta del deudor, de tal suerte que sólo procede cuando el juez concluye que el actuar del empleador no estuvo asistido de buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR que entre la demandante y las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., existió un contrato de trabajo vigente por el tiempo comprendido entre el 21 de diciembre de 2010 y el 31 de octubre 2015, desempeñando funciones de apoyo en la dirección de contabilidad, en su calidad de trabajadora oficial.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00137 -01

Demandante: **JENNY PAOLA GUTIÉRREZ**

Demandado: **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.**

SEGUNDO. - **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción respecto de los derechos laborales, prestaciones e indemnizaciones causadas con anterioridad al 4 de abril de 2015, a excepción de las cesantías y los aportes en pensiones a la seguridad social.

TERCERO. - **CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero:

CESANTÍAS.

2010: \$55.556.

2011: \$2'022.222.

2012: \$2'129.167.

2013: \$2'229.500.

2014: \$2'264.889.

2015: \$2'693.333

INTERESES A LAS CESANTÍAS PROPORCIONAL AÑO 2015: \$130.667.

BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PROPORCIONAL: \$653.333,33.

VACACIONES PROPORCIONAL AÑO 2015: \$933.333.

PRIMA DE VACACIONES: \$1'143.333,35.

PRIMA DE SERVICIOS PROPORCIONAL AÑO 2015: \$1'866.667.

PRIMA DE NAVIDAD: \$1'963.078,73.

CUARTO. - **CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar a la demandante los aportes a seguridad social en pensiones causados desde el 21 de diciembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2015, los que se deberán consignar en la A.F.P. Colfondos.

QUINTO. - **INDEXAR** las sumas a las que fue condenada la demandada al momento del pago.

SEXTO. - **CONDENAR** en costas a la parte demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2'000.000.

En síntesis, refirió que no existe controversia en cuanto a que la demandante prestó sus servicios de forma personal a la demandada, por demás que fue acreditada con la prueba documental obrante en el plenario, tales como, órdenes de prestación de servicio, autorizaciones para poder ausentarse, certificaciones del manual de funciones, y certificaciones de trabajadores que efectúan funciones similares a las de la demandante, entre otras.

Manifestó que si bien la accionante ejercía una actividad que en principio es de las denominadas liberales, no está acreditado que se desvirtuó el elemento de la subordinación, por el contrario, conforme a la prueba documental y el interrogatorio de parte, se logra establecer la existencia de tal elemento, pues desempeñaba sus funciones en las instalaciones de la empresa, con las indicaciones que ésta le efectuaba, bajo el cumplimiento de un horario y una jornada establecida por la demandada; y que no obra prueba de la que se puede desprender que la accionante podía realizar sus funciones con total autonomía y libertad.

Indicó que operó la excepción de prescripción frente a las acreencias laborales causadas con anterioridad al 05 de abril de 2015, como quiera que, se elevó reclamación administrativa el mismo día y mes de 2018; y que lo anterior, con excepción de las cesantías y los aportes a seguridad social, pues son las primeras son exigibles a la finalización del vínculo laboral, y las segundas son imprescriptibles.

Señaló que por lo anterior hay lugar al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, y prima de navidad; y que no hay lugar al pago de los aportes por salud y riesgos laborales, ya que son coetáneos con la prestación del servicio, no siendo así con los aportes a pensión.

En último término, expresó que no hay lugar a sanciones moratorias, pues existía por parte de la demandada una convicción de que se estaba frente a un contrato de prestación de servicios, especialmente porque la actividad de la demandante al ser una profesión liberal se puede realizar de manera independiente, por demás que la actora aceptó su forma de vinculación; y que con el fin de que las condenas no se vean afectadas por la pérdida del valor adquisitivo del dinero es necesario su indexación.

5. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Indicó que la indemnización moratoria debe proceder como quiera que la demandada al momento de dar contestación a la demanda no aportó todos los documentos, siendo sólo allegados ante el requerimiento efectuado por la parte actora.

EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Expuso que entre las partes no se presentó un contrato de trabajo sino un contrato de prestación de servicios; que no se acreditó la subordinación por parte de la actora; y que se efectuó una negación indefinida, esto es, que no hubo contrato de trabajo, por lo que la carga de la prueba se trasladó a la accionante.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de noviembre de 2020, 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 cual no fue utilizado por los apoderados de éstas 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.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la demanda la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si en virtud del principio de la primacía de la realidad entre las partes se configuró un contrato de trabajo; y si hay lugar al reconocimiento y pago de indemnización moratoria.

Existencia de la relación laboral.

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, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 6 de 1945 modificado por el artículo 1° de la Ley 64 de 1946, existe un contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal remunerado bajo la continuada dependencia y subordinación y quien lo recibe. Este último elemento –de subordinación y dependencia–, es precisamente la esencial característica que diferencia el contrato de trabajo de cualquiera otro y consiste en la necesaria sujeción que existe entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe, teniendo en este último como empleador, la facultad de imponer la forma de hacer la labor, cómo y dónde hacerla, además de la imposición de reglamentos y el ejercicio de facultades disciplinarias.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1947, toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que supone que al trabajador le basta demostrar la ejecución personal del servicio, para que se infiera que el mismo se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral y que pone en cabeza del empleador el deber de demostrar que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para tener tal condición.

Por su parte, una relación regida por un contrato de prestación de servicios o una orden previa o cualquier otra figura análoga, necesariamente implica la total independencia del contratista en la ejecución del objeto, más allá de la facultad que tiene el contratante de supervisar la labor. Esta independencia, se evidencia en que aquel puede determinar la intensidad horaria con la que se dedica a la labor, las herramientas a usar, el lugar de ejecución, siendo únicamente relevante el cumplimiento del objeto contratado.

En materia estatal, tal forma de vinculación está regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que indica en su tenor literal que: “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Como se ve, la norma es clara en establecer que la contratación por este medio está supeditada a: (i) que la labor requerida por la entidad tenga una naturaleza especializada, (ii) que requiera un personal calificado o (iii) que no pueda ejecutarse con las personas que ocupan los cargos de planta de la entidad y, (iv) la temporalidad de tal forma de vinculación, esto es, que apenas puede celebrarse por el lapso estrictamente necesario para cumplir el objeto contractual. De no presentarse tales hipótesis, inexorablemente,

de darse la subordinación, se configurará una relación laboral, con las consecuentes cargas prestacionales y sancionatorias a cargo del empleador.

Sobre el tópico, en amplia y pacífica jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en la SL1719-2021, ha establecido:

“Recuerda la Corte que 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 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, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, para los trabajadores oficiales, de manera que le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

i) Jenny Paola Gutiérrez celebró con Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. diferentes órdenes y/o contratos de prestación de servicios con sus correspondientes prórrogas, los que se extendieron en los siguientes periodos según informes de actividades:

- 21 de diciembre de 2010 al 21 de enero de 2011 (fls. 3 a 9).
- 08 de febrero al 30 de diciembre de 2011 (fls. 10 a 78).
- 06 de enero al 30 de marzo de 2012 (fls. 79 a 101).
- 02 de abril al 15 de agosto de 2012 (fls. 102 a 139).
- 17 de agosto al 31 de diciembre de 2012 (fls.108, 1635 a 1663).

- 08 de enero al 31 de julio de 2013 (fls. 140 a 188).
- 05 de agosto al 31 de diciembre de 2013 (fls. 189 a 230).
- 03 de enero de 2014 al 09 de abril de 2015 (fls. 231 a 324); tiempo en el que la accionante estuvo en estado de gestación y se suspendió el contrato de trabajo por 98 días del 28 de noviembre de 2014 al 09 de marzo de 2015 (fl.316).
- 10 de abril al 31 de octubre de 2015 (fls. 325 a 365).

ii) Conforme los contratos de prestación de servicios visibles en los folios ya referenciados, la actora se obligó a cumplir las siguientes funciones:

- Entre el 21 de diciembre de 2010 al 21 de enero de 2011, la actora desarrolló labores de apoyar: la codificación y digitación de las transacciones económicas de la empresa, la elaboración de las conciliaciones bancarias y de los estados financieros de la empresa (fls. 3 y 4).
- Entre el 08 de febrero y el 30 de diciembre de 2011, la actora se obligó a apoyar las actividades de la Dirección de Contabilidad en el proceso contable de la demandada (fls. 10 a 14).
- Entre el 06 de enero y el 30 de marzo de 2012, la actora se obligó a apoyar: la elaboración y contabilización de facturas de venta, recibos de caja y comprobantes de ingreso; la contabilización de órdenes de pago y demás documentos relacionados con la actividad; la preparación de conciliaciones bancarias; la creación y actualización de terceros DHS-TOTAL; la organización de los documentos contables en el archivo; la elaboración de las declaraciones correspondientes a impuestos nacionales, distritales y departamentales; la elaboración de estados financieros; la depuración y presentación de información exógena DIAN, a la Contaduría General de la Nación, y a la Secretaría de Hacienda Distrital; la generación de informes y estudios de

la Dirección de Contabilidad y Tesorería; y las demás inherentes al cargo (fls. 79 y 80).

- Entre el 02 de abril de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, la actora se obligó a apoyar la dirección de contabilidad y tesorería en los temas relacionados con la contabilidad de la demandada, efectuando funciones tales como: participar en el diseño y administrar la política de tesorería de la empresa; diseñar un plan anual de caja y hace seguimiento a los mismos; diseñar y administrar la política de facturación y recaudo de ingresos de la empresa y asegurar su cumplimiento; participar en el diseño de la política de tesorería; administrar y ejecutar la política de pagos; estar en permanente coordinación con la Subgerencia Comercial para garantizar un buen manejo de cartera; cumplir estrictamente con los procedimientos establecidos para el manejo de la tesorería; cumplir con el portafolio de inversiones del manejo del capital de la empresa, buscando mejor rentabilidad y minimizando los riesgos en las inversiones; cuestionar el efectivo de los títulos valores propiedad de la empresa; elaborar para su apropiación propuestas de inversión para el manejo eficiente de los recursos; llevar la contabilidad de la empresa de acuerdo con las normas vigentes; elaborar y preparar las notas de los estados contables dentro de las disposiciones vigentes; entre otras (fls. 102, 103, 140 a 144, 189 a 193, y 1635 a 1637).
- Entre 03 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2015, la actora se obligó a prestar los servicios de apoyo a la gestión documental incluyendo la elaboración y estructuración de los diferentes documentos que requiera la Dirección de Contabilidad (fls. 231 a 234 y 325 a 328).

- iii) La actora elevó reclamación administrativa el 05 de abril de 2018 (fls. 402 a 407), frente a la que se profirió respuesta negativa por parte de la demandada (fls. 408 y 409).

Pues bien, en el análisis de la prueba recaudada, en especial las órdenes y/o contratos de prestación de servicios, y el informe de actividades, es posible determinar que la demandante estuvo vinculada con la entidad demandada para apoyar las áreas de Tesorería y Contaduría de la demandada, especialmente en el desarrollo de actividades contables, realizando funciones relacionadas con la participación en la política de tesorería de la empresa, en el diseño de políticas y administración de facturación y recaudo de ingresos, coordinar con las áreas de la demandada un buen manejo de cartera, buscar mecanismos de inversión para el manejo eficiente de los recursos, llevar la contabilidad de la empresa, elaborar y preparar notas de los estados contables, entre otras.

Por tanto, la Sala considera que está demostrada la prestación del servicio por parte de la actora y, en consideración al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que establece que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, le correspondía destruir dicha presunción a la demandada, por ende, debía desvirtuar el elemento de la subordinación para desacreditar la relación laboral, no obstante, y por el contrario a juicio se allegaron correos electrónicos que dan cuenta de la imposición de órdenes y horarios de trabajo, nótese que la demandante recibía órdenes atinentes al desarrollo de su labor, pues era requerida para que efectuara entregas de documentos, impresiones, e informes, así como era la demandada quien autorizaba o brindaba permisos para que la accionante se pudiera ausentar (fls. 368, 371, 386, 390, 395, y 396).

Así las cosas, y en los términos del artículo 1° de la Ley 6 de 1945, se considera que la prestación de servicios personales de la accionante se efectuó a través de un contrato de trabajo; de modo que, la relación contractual que ató a las partes, bajo los ritos formales de una contratación de prestación de servicios, a juicio de la Sala, tuvo el alcance de constituirse en la realidad, en un contrato de trabajo, como quiera que no existe elemento probatorio alguno que dé cuenta de la autonomía o de la independencia en el desempeño de las funciones que ejecutó la actora y sin que se hubiera logrado que la accionante incurriera en confesión a través

de interrogatorio de parte, puesto que su dicho estuvo encaminado a establecer que para el ejercicio de sus laborales le llevaban un control; que había una inspección de su horario de entrada y salida a través de su carné; que tenía que seguir las directrices o instrucciones de su jefe y seguir sus observaciones, órdenes, y hacer el trabajo que él le pusiera, como elaborar informes, o informaciones exógenas; que sus tareas eran diarias; que sus funciones no se podían hacer en lugar diferente a las instalaciones de la empresa, porque todos los documentos y papeles llegaba la oficina de contabilidad; y que para ausentarse tenía que pedir permiso a su jefe directo.

Finalmente, conviene recordar que, pese a que obran lapsos entre la celebración de un contrato de prestación de servicios y otro, en caso de que tales interregnos sean cortos, es posible considerar la existencia de una sola relación laboral, conforme a lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias tales como las del 15 de febrero, 24 de mayo de 2011, y 20 de febrero de 2013 Rads. 40273, 37803, y 42546, respectivamente:

“En sede de instancia se ha de advertir que aunque se observa en el folio 8, que entre el contrato número 2841 que finalizó el 30 de noviembre de 1996 y el 4327 que inició el 9 de diciembre de 1996 se presenta un bache de ocho días; y entre el contrato número 886 que finalizó el 30 de septiembre de 2000 y el 1591 que comenzó el 2 de octubre de 2000 hay un vacío de un día; y entre el contrato número 182 que finalizó el 22 de agosto de 2001 y el 1524 que empezó el 24 de agosto de 2001 hay una diferencia de 2 días, y entre el 1675 y el 2358 hay un espacio de 3 días, esta circunstancia no desvirtúa que se trata de una sola relación laboral, pues ha estimado la jurisprudencia de esta Sala que esos periodos de tiempo tan cortos entre un contrato y otro no pasan de ser interrupciones aparentes que no dan al traste con la existencia de una sola relación laboral (Sentencias de 15 de febrero de 2011, rad. N° 40273 y 37803 de 24 de mayo de ese mismo año)”.

En igual sentido, que la suspensión de un contrato en virtud del disfrute de una licencia no puede tenerse como la interrupción del vínculo laboral, tal y como lo ha expuesto la misma corporación en sentencia aludida del 20 de febrero de 2013, rad. 42546, reiterada en la SL057-2019:

Al estudiar una situación similar, esta Corporación, en sentencia CSJ SL, 20 feb. 2013, rad. 42546, expuso:

[...] en aplicación del artículo 46 del Decreto 2127 de 1945, según el cual "La suspensión de los contratos de trabajo no implica su extinción", necesariamente ha de entenderse que la vinculación de los contendientes en este caso estuvo regida por un solo contrato de trabajo, pues según se vio en la norma transcrita, la suspensión no pone fin a los vínculos de esa naturaleza.

Se ha de advertir que no obstante que el artículo 44 ibídem no consagra expresamente como causal de suspensión del contrato de trabajo el mutuo acuerdo, es dable entender que en razón de la naturaleza del contrato de trabajo, que es conmutativo, nada impide que las partes acuerden mutuamente la suspensión del mismo, pero como un desarrollo de las licencias o permisos que el empleador concede a petición del trabajador.

Y es que obviamente, tal decisión bien puede decirse con toda lógica, que se atempera al caso de los permisos y licencias a que se refiere el numeral 4° del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945; esto por cuanto que una licencia o un permiso, también en el caso de los trabajadores oficiales, requiere de la suma de las dos voluntades, vale decir, la del empleador y del trabajador, dado que debe provenir una solicitud del trabajador y el asentimiento del empleador, lo que da como resultado un mutuo acuerdo o mutuo consentimiento. Es la aquiescencia del empleador a una solicitud del trabajador. Naturalmente en este caso hubo suspensión del contrato, porque se interrumpió para la trabajadora la obligación de prestar el servicio y para la entidad, la de pagar los salarios.

En consecuencia, se equivocó el Juzgador de segundo grado al concluir que existieron dos contratos de trabajo entre las partes en contienda, por lo que el cargo prospera.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala CONFIRMARÁ la decisión del A Quo que declaró la existencia de un solo vínculo laboral, que se dio entre el 21 de diciembre de 2010 y el 31 de octubre 2015.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. En el sector público se encuentra en el inciso final del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 797 de 1949, según el cual (...) Si transcurrido el término de nóvenla (90) días señalado en el inciso primero de este párrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley".

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

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**).

Igualmente, se hace necesario precisar que la indemnización moratoria no se verifica por la actuación de las partes ni por su actitud dentro del proceso, sino por regla general por la conducta del empleador a la terminación del contrato de trabajo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012, Rad. 37288, reiterada en la sentencia SL1746-2021, señaló:

(...) recuérdese además que tratándose de la indemnización moratoria la conducta de la empresa, por regla general, se analiza al momento de la finalización del nexo de trabajo. Al respecto en decisión CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 37288, se expuso:

Conforme a los precedentes anotados, se tiene que el examen de la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones que puede dar lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST se ha de hacer, por regla general, teniendo en cuenta las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, según esta preceptiva, es el incumplimiento, en dicho momento, el que da lugar a la mencionada condena (...).

Dicho lo anterior, el Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo y ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, sin embargo, no accedió a la sanción moratoria, tras considerar desprovisto de mala fe el actuar del empleador, aspecto que no avala la Sala.

En efecto, pese a que las funciones de la actora eran de orden liberal, ya que llevó a cabo funciones contables, lo cierto es que las pruebas militantes en la diligencias no permiten considerar que el empleador tenía la convicción de estar actuando bajo la órbita de un contrato de prestación de servicios, puesto que como quedó demostrado en juicio, al plenario se arrimaron correos electrónicos que dan cuenta de la imposición de órdenes, reglamentos horarios de trabajo y permisos, lo que desvirtúa que la labor de la accionante fue desarrollada con independencia y “liberalidad”, pues como quedó dicho en líneas precedentes, a través de tales correos electrónicos la demandante recibía órdenes atinentes al desarrollo de su labor, era requerida para que efectuara entregas de documentos, impresiones, e informes. Aunado a lo dicho, en el plenario existe prueba de que era la demandada quien autorizaba o le brindaba permisos a la accionante se pudiera ausentar, conducta claramente a la que está sometida una trabajadora subordinada (fls. 368, 371, 386, 390, 395, y 396).

Por tanto, se REVOCARÁ el numeral quinto de la sentencia en cuanto estableció condena por indexación para en su lugar CONDENAR a la demandada al reconocimiento y pago la indemnización moratoria; sanción que deberá pagarse a partir del día 91 calendario, esto es, 30 de enero de 2016, en un día de salario (\$106.666,66), por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo su pago, recuérdese que la condena por sanción moratoria es incompatible con la indexación, y que el empleador oficial tiene 90 días para efectuar el pago de prestaciones sociales, salarios, o indemnizaciones. En la relación con la incompatibilidad de la indexación y la indemnización moratoria, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1556-2021 dijo:

“[...] puesto que la primera incluye los perjuicios concernientes a la devaluación de la moneda que derivan del no pago oportuno de las acreencias laborales que da lugar a ella, y que se corrige con la actualización de la moneda cuando no cabe el resarcimiento integral de perjuicios que deviene del proceder calificado como desprovisto de buena fe por el juzgador, se habrá de casar la sentencia también en cuanto impuso la indexación de las condenas. (CSJ SL807-2013, rad. 39010)”.

En lo atinente a la liquidación a partir del día 91 de la indemnización moratoria, la misma corporación asentó en sentencia SL2136-2021:

“Ahora bien, dado que el Decreto 2127 de 1945, otorga al empleador oficial 90 días calendario para el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, salarios o indemnizaciones (CSJ SL986-2019), luego, es a partir del día 91 que opera la sanción por el no pago o retardo cuando haya mala fe. En ese entendido, como en el *sub lite* la relación laboral finalizó el 31 de octubre de 2009, según lo declararon las instancias, la sanción empieza a computarse a partir del 30 de enero de 2010”.

IV. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

V. 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 quinto de la sentencia, en cuanto profirió condena por indexación, para en su lugar **CONDENAR** a las **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** a reconocer y pagar a favor de **JENNY PAOLA GUTIÉRREZ indemnización moratoria**; sanción que deberá pagarse a partir del día 30 de enero de 2016, en un día de salario, (\$106.666,66) por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo su pago.

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.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **RICARDO ROMERO RICARDO** promoviese contra **SODEXO S.A.S.**

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare que su contrato de trabajo terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el pago retrasado de prestaciones sociales, e indexación.

2. HECHOS

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta: **1)** Se vinculó a la empresa el 12 de noviembre de 2009 mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, para desempeñar el cargo de Asistente de Contrato HSE; **2)** El 24 de mayo de 2019 suscribió otro sí al contrato de trabajo modificando su modalidad a término indefinido; **3)** Fue ascendido al cargo de Especialista Junior, Especialista Senior, y Administrador de Contrato II; **4)** Para desempeñar el cargo de Administrador de Contrato II no recibió capacitación, y fue trasladado a Puerto Gaitán (Meta), donde desarrolló sus labores en campo remoto, y efectuó turnos de 14 días ininterrumpidos con 7 días de descanso; **5)** Fue despedido el 14 de septiembre de 2019, supuestamente porque no ejecutó su trabajo teniendo en cuenta el procedimiento adecuado o autorizado, dado que hubo retrasos en la facturación que generó perjuicios económicos y afectó la imagen de la empresa; **6)** Su último salario fue la suma de \$5'789.957; y **7)** Al momento del retiro no le fue entregada certificación laboral, orden de examen médico de egreso, certificado de aportes a seguridad social, y carta de retiro, así como tampoco lo desafilió a seguridad social.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

SODEXO S.A.S. (fls. 67 a 79), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y buena fe por parte de la demandada.

Aceptó la existencia de una relación laboral con el accionante, no obstante, aclaró que el 24 de mayo de 2019 no se suscribió otro sí, sino que se celebró un nuevo contrato a término indefinido; que el contrato terminó el 14 de septiembre de 2019; y que el último cargo del actor fue el de Administrador de Contrato II.

Expuso que el actor fue despedido dado que incurrió en graves errores de depuración de información en los procesos de alojamiento, pues no efectuó el consolidado de vuelos oportunamente, y se encontraron errores en la digitación de nombres y cédulas en la facturación; que por lo anterior, se tuvo que realizar una doble facturación, se generó un reporte negativo por parte de la empresa cliente, y le causó perjuicios económicos; que el accionante incurrió nuevamente en tal conducta; que fue el accionante con otros funcionarios, quienes determinaron los parámetros de revisión previa a la facturación, aunado a que el 26 de junio de 2019 efectuó un informe de mejora en el proceso de facturación y era la persona que entregaba el acta del turno, en la que se evidenciaba el plan de trabajo, revisión, y la facturación; y que el actor en repetidas ocasiones desempeñó en encargo el cargo de Auxiliar de Contrato II, en la que recibió diferentes capacitaciones.

Finalmente, señaló que al demandante no se le adeuda derecho laboral alguno, ya que autorizó a través de libranza que se efectuaran las deducciones de sus salarios, bonificaciones, indemnizaciones, prestaciones sociales y demás derechos que tuviese a su favor al momento de la terminación de su contrato de trabajo, para cumplir las obligaciones de cualquier tipo que hubieren surgido con el Fondo de Empleados de **SODEXO- FONDEXO**; y que por lo anterior, se realizó el cruce de cuentas respectivo.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que en el contrato celebrado el 24 de mayo de 2019 se dejó constancia en cuanto a que la relación laboral inició desde el 12 de noviembre de 2009, por lo que tuvo esta última fecha como el extremo inicial; que está acreditado el hecho del despido, pues se acompañó carta de terminación del contrato de trabajo, donde consta que la relación laboral finiquitó como consecuencia del incumplimiento reiterado por parte del actor, del control, seguimiento, y aseguramiento del proceso de registro, y

depuración de información diaria y mensual del proceso de alojamiento a su cargo.

Señaló que el hecho endilgado al demandante se acreditó, dado que del dicho de los testigos se logra establecer que tenía a su cargo el proceso de facturación, que hubo errores en el anterior proceso, que tales errores fueron detectados por el cliente ECOPETROL, que estos generaron perjuicios graves a la empresa, que el demandante tuvo una encargatura (sic) en el cargo de Administrador de Contrato II en el que desempeñó funciones idénticas a las que desarrolló posteriormente cuando fue nombrado de forma definitiva en tal cargo, y que además ya había sido objeto de sanción por circunstancias similares a las que generaron la terminación de su vínculo laboral.

Agregó que no es necesario agotar un proceso disciplinario, dado que el despido no es una sanción, a menos que se hubiera establecido un procedimiento para despedir en convención colectiva, reglamento interno de trabajo, o en el contrato de trabajo, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia; y que en el asunto, la representante legal de la demandada confesó que existía un proceso disciplinario, que consistía en citar en descargos al trabajador, situación que se acreditó en el plenario.

Concluyó expresando que, en interrogatorio de parte el demandante confesó que tenía un préstamo con el Fondo de Empleados de SODEXO-FONDEXO, y que según pagare autorizó el descuento de la liquidación de sus prestaciones sociales de lo que le adeudaba al fondo de empleados, por demás que es criterio de la Corte Suprema de Justicia que se puedan efectuar ese tipo de descuentos una vez finiquita el contrato de trabajo.

5. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que en sentencia C-593 de 2014 se estableció que es necesario para que el empleador pueda imponer sanciones o castigos que se agote un procedimiento disciplinario, pues de conformidad con el artículo 29 constitucional es necesario no sólo agotar el debido proceso en las actuaciones procesales y administrativas sino también cuando se haga uso de las

facultades disciplinarias; y que la demandada no aportó el proceso disciplinario las pruebas documentales del deterioro patrimonial aludido en el proceso y con el que se fundamentó la justa causa.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, 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 los apoderados de éstas, 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. 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.

III. 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 se debía agotar algún tipo de procedimiento previo para llevar a cabo la terminación del contrato de trabajo, y si era necesario que se demostrara un perjuicio patrimonial por parte del empleador para efectuar el despido.

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 consecencial 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 debido 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 el 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.**

Por otra parte, y en relación con el procedimiento disciplinario es necesario precisar, que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL15245-2014 y SL2351-2020**, ha explicado que, si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia **SL2351-2020.**

Igualmente, de manera pacífica y reiterada la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que, por la naturaleza correctiva del despido, dicho acto no representa sanción disciplinaria. En sentencia **SL2150-2020**, señaló:

“El desconocimiento de la censura de los artículos 6 y 125 de la norma superior, la lleva a confundir el «despido» con la sanción de «destitución» que prevé el Código Único Disciplinario. Con base en estos preceptos constitucionales, el «despido» del trabajador con justa causa no tiene la misma naturaleza jurídica de una «destitución». Inclusive, puede darse el caso de trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a sus condiciones de contratación y, a la vez, ser servidores públicos disciplinables, y, por tanto, ser sujetos de despido y de destitución, sin que se viole el principio *nom bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)”.

Por otra parte, tiene dicho la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia que cuando el trabajador incurre en una violación grave de sus deberes no es necesario que se materialice un perjuicio patrimonial o que exista intencionalidad del trabajador, basta con la acreditación de la falta grave. Al punto, en sentencia del 09 de mayo de 2000, Rad. 13398 reiterada en la SL232-2020, se dijo:

“Conviene anotar que si una conducta de un trabajador, como en este caso sucede, constituye una grave negligencia que pone en peligro las personas o las cosas de la empresa, no es menester que la negligencia del empleado produzca un perjuicio al patrono, pues para que se configure la justa causa de despido basta con poner en peligro bien sea a las personas o a las cosas, por cuanto así claramente resulta de lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, que a la letra dice: "Todo daño material causado intencionalmente a la otra parte, a los edificios, obras, maquinarias, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas"

En similar sentido, en sentencia del 14 de agosto de 2012, rad. 39518, se aseveró:

“c) En la sentencia del 7 de julio de 1958, el extinto Tribunal Supremo de Trabajo, razonó:

La conexidad entre el hecho grave y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es grave no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos. La gravedad - cuyo neto sentido etimológico es peso - y que resulta de tan difícil medida para el juzgador, suele ser, como en el caso del acuerdo 8º del art. 62 del C.S. del T., el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato, etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra. Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves, sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que

deje un amplio margen el juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los arts. 58 y 60 del C. S. del T., y su violación grave, expresada así por el ord. 8° del art. 62 ibídem, el juzgador califica, con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos." (GJ. LXXXVIII, números. 2199, 2200, 2a parte, página 819).

d) También ilustra la cuestión debatida, la doctrina recibida por esta Sala de la Corte en providencia del 13 de noviembre de 1964, en la que se dispuso:

Conviene, sin embargo, para efectos de la unificación jurisprudencial encomendada a la Corte, rectificar la tesis demasiado absoluta del ad quem respecto de la aplicación del ordinal 8° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y que habla de <violencia grave> o <falta grave>, y no de <culpa grave>. No es exacto que la facultad consagrada en esa norma esté condicionada al <animus nocendi> del infractor, esto es, a su intención de causar daño a la contraparte. Cumplidos los presupuestos que allí se determinan (gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la gravedad de la falta en pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato individual o reglamento y agotamiento del respectivo procedimiento convencional o reglamentario), puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del inferior".

Del análisis de la recensión jurisprudencial en precedencia, emergen consiguientemente, las siguientes conclusiones: (i) en la primera de las hipótesis estatuida en el mencionado numeral 6° de la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave; (ii) en el segundo supuesto la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta; (iii) para que se configure la falta grave así como como la grave negligencia no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio o beneficio para el dador del laborío, y (iv) la falta grave y la grave negligencia no se encuentra condicionada al "animus nocendi"(intención de causar daño) del trabajador." (Subrayado por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Ricardo Romero Ricardo fue contratado por la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo el 12 de noviembre de 2009 (fls. 19 y 20).
- ii) El 20 de septiembre de 2017 se comunicó al demandante que sería nombrado en encargatura (sic) en el cargo de Administrador de Contrato II entre el 01 de agosto y el 30 de noviembre de 2017 (fl.132); lo que se reiteró para el periodo 01 de diciembre de 2017 al 31 de marzo de 2018 (fl.133).

- iii) El 09 de mayo de 2018 se comunicó al accionante que fue nuevamente nombrado en el cargo de Administrador de Contrato II, desde el 01 de abril de 2018 (fl.21).
- iv) El 01 de junio de 2018 solicitó un crédito al Fondo de Empleados de SODEXO- FONDEXO, en el que autorizó al empleador para que descontara de sus salarios, prestaciones sociales, y demás conceptos, las deducciones necesarias para cubrir las obligaciones pactadas (fl.168); lo que reiteró en el pagaré a efectos de lograr el pago total de su deuda (fl. 169).
- v) El 26 de marzo de 2019 el accionante fue citado a diligencia de descargos por cuanto su jefe inmediato había informado que incumplía con sus funciones de control, seguimiento y aseguramiento del proceso de registro, depuración, y seguimiento a los soportes de la facturación diaria y mensual del contrato a su cargo (alojamiento); y que el cliente reportó el 21 de marzo de 2019 desviaciones en la revisión aleatoria del mes de marzo de 2019, demostrando que se encuentran dos funcionarios que se encontraban en campo en las fechas reportadas, lo que genera credibilidad en la imagen de la compañía, dilata la respectiva facturación, y generó una solicitud de revisión detallada de toda la trazabilidad del mes (fl. 84).
- vi) El 29 de marzo de 2019 el actor rindió descargos (fls. 85 a 90), y como consecuencia de lo anterior, se dispuso la suspensión del contrato de su trabajo por dos días (fls. 91 y 92).
- vii) El 03 de abril de 2019 el accionante junto con otros funcionarios definieron los parámetros para la revisión previa de facturación (fls. 135 a 142).
- viii) El 24 de mayo de 2019 se celebró contrato de trabajo a término indefinido con el accionante, en el que se dejó constancia que la relación laboral había iniciado desde el 12 de noviembre de 2009 (fl.22).
- ix) El 26 de agosto de 2019 el accionante fue citado a descargos (fl. 94).
- x) El 28 de agosto de 2019, el actor rindió descargos por cuanto su jefe inmediato había informado que reiteradamente

incumplía con sus funciones de control, seguimiento y aseguramiento en el proceso de registro, depuración, y seguimiento a los soportes de la facturación diaria y mensual del contrato a su cargo (alojamiento); y que el cliente reportó el 22 de agosto de 2019 desviaciones en la revisión aleatoria del mes de agosto de 2019, reportando cobros de tarifa día a funcionarios directos de más de 2500 cantidades de alojamiento que se encontraban en descaso, a los cuales se les contactó y se les hizo verificación con el acompañamiento del mismo cliente (fls. 23 a 32).

- xi) El 14 de septiembre de 2019 se terminó el contrato de trabajo del accionante, por las mismas razones por las que fue citado a descargos para el 28 de agosto de 2019, y por cuanto en esta diligencia aceptó: que se encontraron errores en la depuración de información; que las depuraciones no se hicieron oportunamente; que había yerros en la digitalización de nombres y cédulas; que luego de realizar un cruce de cuentas con el cliente se encontraron nuevos hallazgos; que es el responsable de entregar los soportes para que el área de contraloría y facturación pueda facturar; que debe hacer seguimiento y asegurar con su equipo de trabajo en el área de alojamiento el proceso de registro, depuración, y seguimiento de los soportes de facturación diaria y mensual del contrato; que dentro de sus responsabilidades está establecer controles administrativos, operativos y de fuente e información; que los errores cometidos generan pérdida de credibilidad del cliente hacia SODEXO S.A.S.; que tiene conocimiento del impacto financiero y la afectación de la evaluación de desempeño del cliente que genera para la compañía este hallazgo; y que es consciente de las responsabilidades frente al cumplimiento de lo contractual y de las afectaciones de estas dan lugar por acción o por omisión (fls. 33 a 36).
- xii) En la liquidación del contrato de trabajo se efectuaron las correspondientes deducciones del valor remanente que se adeudaba a SODEXO S.A. (fls.163 y 164).

Del análisis de los anteriores documentos, no se logra extraer que existiera un procedimiento especial para efectuar los despidos de los trabajadores de SODEXO S.A.S., por demás que el Reglamento Interno de Trabajo visible a folios 37 a 41, se allegó de forma parcial, y en este no se da cuenta de procedimiento alguno.

Pese a lo anterior, la señora Alba Patricia Rodríguez Pulido como **representante legal de Sodexo S.A.S.** informó que la empresa tenía un procedimiento para llevar a cabo procesos disciplinarios; que este proceso se genera cuando se presenta una falta o un incumplimiento por parte de un trabajador; que en este el jefe inmediato del trabajador debe revisar la situación, efectuando una investigación, y generando el correspondiente informe a la empresa; que una vez efectuado lo anterior, se hace la citación a descargos al trabajador; que se ejecuta la diligencia de descargos, de la que se puede generar una sanción disciplinaria; y que en el caso del demandante, la consecuencia fue la terminación del contrato por justa causa.

En igual sentido, comparecieron a juicio en calidad de testigo el jefe inmediato del actor, **Mario Guerrero** y la Jefe de Operaciones, **Deissy Alexandra Cristancho Blanco**, quienes informaron que el procedimiento previo al despido al actor fue un proceso disciplinario; que una vez se reportó por el cliente las correspondientes irregularidades en que incurrió el actor se hizo su citación a descargos por escrito, en la que se indicó la hora y el motivo de esta; que se llevó a cabo la diligencia de descargos, de la que quedó constancia en la respectiva acta; y que el área de Relaciones Laborales de Bogotá, decidió terminar el contrato de trabajo.

Por su parte, el testigo **Andrés Iván Urrea Torres** manifestó que no sabía qué había pasado con el contrato entre SODEXO S.A.S. y ECOPETROL, y que no sabía que el accionante hubiera incurrido en alguna conducta grave, por lo que no efectuó manifestaciones en relación con algún procedimiento seguido al demandante.

Finalmente, **Martha Patricia Ortiz** señaló que el demandante fue llamado a rendir descargos; y que desconocía qué pasó en dicha diligencia;

que tenía conocimiento de lo anterior, porque los tres administradores fueron citados a descargos, y se comentaron las fechas que tenían. Aunado a lo anterior, en **interrogatorio de parte el señor Ricardo Romero Ricardo** informó que estuvo en diligencia de descargos.

pues bien, de conformidad con la prueba recaudada, se encuentra que el empleador escuchó en descargos al demandante antes de fulminar su despido. En efecto se observa que, el jefe inmediato del accionante generó el correspondiente informe, de las irregularidades en que incurrió el demandante, esto es, que reiteradamente incumplía con sus funciones de control, seguimiento y aseguramiento en el proceso de registro, depuración, y seguimiento a los soportes de la facturación diaria y mensual del contrato a su cargo (alojamiento); y que el cliente reportó el 22 de agosto de 2019 desviaciones en la revisión aleatoria del mes de agosto de 2019, reportando cobros de tarifa día a funcionarios directos de más de 2500 cantidades de alojamiento que se encontraban en descaso, a los cuales se les contactó y se les hizo verificación con el acompañamiento del mismo cliente (fls.94 a 104).

De dichos hechos se dejó constancia tanto en la citación a descargos como en la carta de terminación advirtiendo que el 26 de agosto de 2019 se efectuó la correspondiente citación a descargos (fl.94), que el día 28 de agosto de 2019 se llevó a cabo la diligencia de descargos (fls. 95 a 104), y que el 14 de septiembre de 2019 se terminó el contrato de trabajo del actor (fls. 105 a 108).

Conforme a la prueba recaudada, concluye la Sala que, aunado a que no se logró probar que al interior de la empresa empleadora exista un procedimiento específico previo para la imposición de sanciones o para el despido, al que estuviera obligado el empleador, por cuanto como se dijo, el Reglamento Interno de Trabajo fue allegado de manera incompleta, lo cierto es que la prueba acredita que, en todo caso, previo al despido del demandante el empleador lo escuchó en descargos, permitiéndole exponer las explicaciones y razones de su defensa por lo que, en consecuencia no se incurrió en ningún tipo de irregularidad ni vulneración del debido proceso en los términos esbozados en la apelación.

Dilucidado lo anterior, y dado que como se dijo en precedencia, conforme la doctrina del órgano de Cierre de esta jurisdicción, **no es necesario que el empleador acredite la verificación de un perjuicio** para que el despido se repute legítimo, debe concluirse que no hay lugar al reconocimiento de una indemnización por despido sin justa causa, por demás que, y en gracia de discusión, contrario a lo afirmado por la activa en el recurso, dicho perjuicio sí aparece acreditado con la prueba arrimada al plenario.

Lo dicho, puesto que en diligencia de descargos el accionante manifestó que era consciente que la falta de control impactaba directamente el proceso de facturación, al generar un retraso en el mismo; circunstancia que es coincidente con el dicho de los testigos Mario Guerrero y Deissy Alexandra Cristancho Blanco, quienes dieron cuenta de que el demandante fue despedido por justa causa, en razón de que él administraba el servicio de alojamiento y lavandería en Ecopetrol Campo Rubiales; que se evidenció por parte del cliente Ecopetrol, durante la entrega de facturación que había unas personas que se les estaba cobrando como si estuvieran alojadas, pero no; que en virtud de esos hallazgos se hizo una auditoría al proceso de la facturación; que esa auditoría conllevó a la compañía a parar la facturación y la totalidad de los servicios que se manejaban con el cliente, lo que generó un atraso en el pago de \$5.200'000.000, y una afectación en el flujo de caja, ya que en todo caso la empresa tuvo que cumplir con sus compromisos económicos, tales como, el pago de salarios, y sus obligaciones con proveedores y acreedores; y que por el resultado de la auditoría se tuvo que devolver a Ecopetrol la suma de \$130'000.000; escenario que como se denota no sólo afectó patrimonialmente a la demandada sino que también afectó la credibilidad de parte de sus clientes en los procesos que realiza, por demás que Ecopetrol según tales testigos es la operación más grande que tiene la demandada.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Demandante: **RICARDO ROMERO RICARDO.**

Demandado: **SODEXO S.A.S.**

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. 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. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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 05-031-2019-00804 -01

Demandante: **RICARDO ROMERO RICARDO.**

Demandado: **SODEXO S.A.S.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000_ a cargo de la parte actora.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **HÉCTOR HERNANDO BARRIGA LÓPEZ** promoviese contra **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de la existencia de una relación laboral desde el 03 de noviembre de 2009; la nulidad del acuerdo transaccional celebrado entre las partes el 25 de febrero de 2016; que la forma de terminación del contrato fue injustificada

e imputable al trabajador; y que el contrato de trabajo no ha sufrido solución de continuidad desde el 26 de enero de 2009 hasta cuando se compruebe el reintegro o la desvinculación total. Como consecuencia de lo anterior, solicita que sea vinculado de manera inmediata al cargo que venía ejecutando o a uno de igual condición o jerarquía; los salarios, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensiones, e intereses por el no pago a tiempo de prestaciones sociales y parafiscales, dejados de recibir desde el 26 de febrero de 2016 hasta que se produzca su reintegro; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante argumentó que:

- 1) Celebró contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 03 de noviembre de 2009, para desempeñar el cargo de Profesional Contable;
- 2) El último salario devengado fue la suma de \$16'798.600;
- 3) El 25 de febrero de 2016 fue citado a las instalaciones administrativas de la empresa, donde le pusieron de presente dos documentos, su despido y un acuerdo transaccional; y le informaron que la empresa estaba pasando por un mal momento, dada la baja del precio del crudo, y que debía aceptar el acuerdo transaccional o que sería despedido sin ningún pago de indemnización;
- 4) Dada la presión y coerción ejercida firmó el acuerdo transaccional;
- 5) El contrato de transacción no es claro, dado que informa que se iba a pagar un bono por retiro equivalente a la indemnización que le correspondería por despido sin justa causa y que se pagaría el 30% del anterior monto o del salario básico mensual, dependiendo de cuál resultara más favorable, no obstante, no se informó el valor concreto del primer concepto por parte de la demandada, lo que impedía conocer la suma que le correspondería por concepto de bono de retiro;
- 6) En los días siguientes se desvinculó a un aproximado de 180 trabajadores, sin permiso del Ministerio del Trabajo;
- 7) El cargo que desempeñó existe en la planta de la demandada, pero se encuentra tercerizado; y
- 8) El acuerdo transaccional nunca fue puesto en su conocimiento antes del 25 de febrero de 2016.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. (fls.62 a 67), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones

de mérito que denominó prescripción, cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y compensación.

Aceptó los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 03 de noviembre de 2009; que el último salario del actor fue la suma de \$16'798.600; y que el 25 de febrero de 2016 entre las partes se suscribió un acuerdo de transacción; . Los demás los negó o afirmó no le constaban.

En su defensa expuso que el contrato de trabajo del actor finalizó por mutuo acuerdo con la celebración de un acuerdo de terminación y transacción, en el que las partes acordaron de manera libre y voluntaria que se pagaría una suma transaccional equivalente a lo que correspondería por concepto de indemnización por despido sin justa causa más el 30% de la suma anteriormente mencionada y seis meses de medicina prepagada; y que con el anterior acuerdo quedó zanjado cualquier derecho, diferencia, litigio, actual o eventual, por cualquier derecho incierto y discutible en virtud de la ejecución del contrato de trabajo.

En último término, indicó que la voluntad de celebrar el acuerdo de terminación y transacción quedó plasmada no solamente a través de la suscripción del documento sino también por su comportamiento posterior, por demás que el trabajador contaba con la posibilidad de aceptar o de rechazar el acuerdo que se le estaba poniendo de presente.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 03 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió el A Quo, que entre las partes se celebró un acuerdo transaccional que recayó sobre la terminación del contrato de trabajo, lo que es una forma válida para dar finiquitar una relación laboral según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues se entiende que existe mutuo consentimiento.

Adujo que el acuerdo transaccional no tiene un objeto o una causa ilícita; que los testigos de la parte actora no aportaron nada en lo atinente a demostrar un vicio del consentimiento, pues además que todos son demandantes en procesos de igual naturaleza, lo que relatan son las situaciones que vivieron cada de ellos cuando les ofrecieron el respectivo plan de retiro, pero ninguno conoce de forma directa el escenario en que el actor tomó la decisión de aceptar el plan de retiro; y que no existe prueba de la que se pueda inferir que el accionante sufrió coacción o presión para suscribir el acuerdo transaccional, coacción que debe ser de tal entidad que nuble el discernimiento del trabajador hasta el punto que sea el querer del violento el que se imponga.

Indicó que en el acuerdo transaccional se puso de presente que al actor se le descontaría lo de ley, concretamente el impuesto de retención en la fuente; y que en todo caso de no estar de acuerdo con el descuento realizado por el aludido tributo, podía efectuar la correspondiente solicitud ante la entidad recaudadora de impuestos.

Concluyó exponiendo que proponer un bono por retiro al trabajador no constituye un vicio del consentimiento, ya que no existe prohibición alguna para el empleador de realizar tal ofrecimiento; que el trabajador frente a un plan de retiro está en la posibilidad de aceptarlo o de rechazarlo; que el hecho de que el acuerdo transaccional hubiere sido realizado en las instalaciones de la empresa, tampoco se puede tomar como un acto que vicie el consentimiento, pues en el documento aparece la firma del trabajador en señal de asentimiento.

4. APELACIÓN

PARTE ACTORA.

Dijo que no se tuvieron en cuenta las declaraciones de los testigos, quienes fueron claros en manifestar que no existió una manifestación libre y voluntaria por parte del actor al momento de celebrar su contrato de transacción, pues señalan que existió un vicio del consentimiento que se

concreta en una coerción, ya que el acuerdo no fue presentado para que este fuera estudiado y pudiera tomar una decisión libre y voluntaria; y que el demandante fue claro en manifestar que su jefe directo les dijo “firman o firman”.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero 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 ratificar en su posición.

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.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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 en nulo el acuerdo transaccional celebrado entre el actor y Mansarovar Energy Colombia Ltd. por estar presuntamente viciado en su consentimiento por fuerza o coerción.

NULIDAD ACTA DE TERMINACIÓN Y TRANSACCIÓN.

La conciliación se define como *“un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado,*

denominado conciliador” (artículo 1° del Decreto 1818 de 1998); mientras que la transacción legalmente es definida en el artículo 2469 del C.C. como: “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.

Con respecto a la definición legal de la transacción en materia laboral lo cierto es que no existe en el Código Sustantivo del Trabajo, pues la normativa sustantiva laboral se limita a decir en el artículo 15 que: *“Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”*, pero en ningún momento conceptualiza dicha institución.

Es así como el contrato de transacción en materia del derecho de trabajo no ha tenido reglamentación, ni el uso que, por el contrario, sí ha gozado en del derecho privado. No obstante, ello no quiere decir que no pueda ser aplicable en materia laboral, puesto que el artículo 15 del C.S.T., establece que resulta válido hacer uso de esta figura, salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

Igualmente, la naturaleza consensual del contrato de trabajo, al igual que su surgimiento, permiten su terminación a través del ofrecimiento de un pago que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, de manera que el trabajador tiene la posibilidad de aceptarla o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad, desconocer el consentimiento dado voluntariamente en ese momento. Así, lo dijo la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de octubre de 2012, Rad. 39522:

“En ese contexto, esta Sala tiene establecido que la naturaleza consensual del contrato, al igual que su surgimiento, permiten su terminación a través del ofrecimiento de un pago, que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, en la que verificarán y sopesarán las condiciones de la propuesta empresarial, sin que ello implique un vicio del consentimiento; así, no puede una promesa de tipo económico representar coacción, si el trabajador tiene la posibilidad de aceptarla o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad, desconocer el consentimiento dado voluntariamente en ese momento, con las consecuencias que de allí se

derivan, en orden a dar cumplimiento al artículo 1602 del C.C que da el carácter de ley para las partes, a los acuerdos celebrados”.

Ahora bien, para que un trabajador se obligue a través de un contrato de transacción es necesario que su consentimiento no adolezca de vicios, esto es, de error, fuerza o dolo; en todo caso, cuando se alega alguno de estos, deben estar suficientemente acreditados en el juicio. Al punto, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en sentencia SL787-2021 dijo:

“Sin perder de vista la naturaleza fáctica de la acusación, cabe recordar que el artículo 1502 del Código Civil preceptúa que para que una persona se obligue, es necesario que concurren, entre otros elementos, el consentimiento libre de vicios, es decir, que no adolezca de error, fuerza o dolo (artículo 1508 *ibidem*). Este postulado, adquiere especial relevancia cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, toda vez que el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, de suerte que requiere una especie de acción afirmativa que procure aminorar la diferencia sustancial que caracteriza el vínculo. Por tal razón, en los casos en que se debaten cuestiones como la que ocupa la atención de la Sala, el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad.

Esta Corporación ha adoctrinado que los vicios del consentimiento no se pueden presumir por el juez laboral, sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que *«con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso»* (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015)”.

En relación con la fuerza que alega el impugnante, tiene sentado la referida Corporación que para que la violencia llegue a viciar el consentimiento debe ser tan poderosa e irresistible que prive a la víctima de su discernimiento y albedrío, hasta el punto de que sea el querer del violento el que se imponga en la relación del negocio jurídico de que se trate. En sentencia SL17429-2017 señaló:

“Aquí es oportuno traer a colación lo dicho por esta Sala en sentencia CSJ SL, 23 abr. 1986, en la que se explicó que: *«para que la violencia llegue a viciar el consentimiento debe ser tan poderosa e irresistible que prive a la víctima de ella de su discernimiento y albedrío, hasta el punto de que sea el querer del violento el que se imponga en la relación del negocio jurídico de que se trate, y el juzgado apenas sea un mero portavoz de la persona que lo domina»*, características que brillan por su ausencia en el material probatorio obrante en el plenario”.

Así mismo, y en lo referente a la celebración de planes de retiro por parte de las empresas a fin de dar terminación al contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la aludida sentencia SL17429-2017 indicó:

“no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptar o rehusar el ofrecimiento, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 36728, en donde se dijo:

[...] *Y tampoco puede predicarse dolo determinante o siquiera incidental -- artículo 1515 Código Civil--*, del mero hecho de haber propuesto la demandada a sus trabajadores, y ante necesidades de reestructuración interna de la empresa, un plan de retiro voluntario compensado al cual con anterioridad a la citada fecha del 21 de septiembre de 2001 el trabajador aparece haberse acogido por medio de misiva de 18 de septiembre -- folio 79--. Y ello es así, por cuanto la Corte de tiempo atrás ha asentado que,

“Ni la ley ni las decisiones judiciales impiden que los empleadores promuevan planes de retiro compensado, ni es cierto que el ofrecimiento patronal de sumas de dinero a título de bonificación aceptadas voluntariamente por un trabajador constituye per se un acto de coacción. Por el contrario, tales propuestas patronales son una actuación legítima, en la medida en que el trabajador beneficiario de la bonificación o estímulo económico goza de libertad para aceptarla o rechazarla, de manera que esa sola circunstancia no es una presión indebida, ni error fuerza o dolo, sino un medio muchas veces idóneo y conveniente para

ambas partes de resciliación contractual civilizada y justa de cara a las normales dificultades surgidas en el diario devenir de las relaciones laborales en la empresa, evitándose con ello frecuentemente una conflictividad crónica innecesaria entre las partes, que deteriora la armonía e impide la convivencia pacífica que debe presidir la ejecución de los contratos de trabajo. "En la vida del derecho, el mutuo consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para realizar un negocio jurídico, tiene en principio plena validez. Pero si el consentimiento de alguna de esas personas está viciado por error, fuerza o dolo, el acto es susceptible de invalidación. Por mutuo acuerdo entre empleador y empleado debe siempre celebrarse el contrato de trabajo. Y en la misma forma puede modificarse o aun extinguirse por resciliación. Pero esta última no exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato. Bien puede una de las partes ofrecerle a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte. Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido" (Sentencia de casación de 18 de mayo de 1998, Radicación 10.608).

Tampoco la jurisprudencia ha aceptado que los aspectos escriturales de tales actos, como por ejemplo el lugar, el horario o tiempo requerido, el papel o los demás medios e instrumentos a través de los cuales éstos se materializan, permiten atribuir per se vicio del consentimiento del trabajador con la entidad suficiente para desquiciar el acto y predicar su invalidez".

También cabe agregar, que la decisión de poner fin a la relación laboral por mutuo consentimiento, puede provenir bien del empleador o del trabajador (...)" (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Héctor Hernando Barriga López celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con Mansarovar Energy Colombia

Ltd. para desempeñar el cargo de Coordinador de Obras Civiles, a partir del 03 de noviembre de 2009 (fls. 78 a 82).

- ii) El 07 de julio de 2011 se celebró otro sí al contrato de trabajo mediante el cual se dispuso el cambio de modalidad contractual, la cual sería a término indefinido (fl. 167).
- iii) Las partes el 25 de febrero de 2016 celebraron un acuerdo de transacción y terminación, en el que estableció la posibilidad de zanjar cualquier diferencia o litigio, actual o eventual, por cualquier derecho incierto y discutible que pudieran llegar a terminar por la ejecución del contrato de trabajo. Asimismo se estableció un pago equivalente a la indemnización por despido sin justa causa que le correspondería al actor, el 30% de este valor, seis meses de medicina prepagada (fl. 14).
- iv) Al demandante como consecuencia del acta de terminación y transacción le fue reconocida la suma de \$75'408.218 con una retención en la fuente de \$23'854.000 (fls. 84 y 85).

En el análisis del caso, se observa que el contrato del cual se pretende su nulidad es del siguiente tenor:

“1. Entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 3 de noviembre de 2009 y 25 de febrero de 2016, fecha última en la cual el contrato de trabajo termina de mutuo acuerdo por las partes según los términos del literal b) del artículo 61 del CST.

2. Las partes acuerdan que raíz del presente acuerdo de terminación del contrato de trabajo y transacción, MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD:

Pagará un valor a título de bono de retiro/suma transaccional equivalente a lo que sería una eventual indemnización por terminación de contrato sin justa causa.

Pagará segundo valor a título de bono de retiro/ suma transaccional equivalente al 30% del monto anterior al valor de un salario básico mensual.

Otorgará 6 meses de permanencia en el plan de medicina prepagada que tiene para los trabajadores activos de la empresa y que disfrutaba como trabajador, contados desde el momento de la terminación del contrato de trabajo.

Levantará el requisito de tiempo establecido para el último pago de PIAM para efectos de consolidación.

Se acuerda que los anteriores beneficios y pagos no constituyen salario para ningún efecto, los beneficios y pagos establecidos en los literales anteriores, transan de antemano cualquier derecho, diferencia, y litigio, actual o eventual, por cualquier derecho incierto y discutible, que pueda llegar a tener HECTOR HERNANDO BARRIGA LOPEZ ocasionado en la ejecución como a la terminación del contrato de trabajo.

3. Es claro que la empresa realizará las deducciones tributarias que correspondan tanto de la liquidación final de acreencias laborales como de todos los demás pagos y beneficios. MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. pagará el valor que arroje la liquidación final de acreencias laborales, mediante transferencia electrónica a la cuenta de pago de nómina, la cual se encuentra autorizada por el trabajador, a más tardar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la terminación del contrato de trabajo.”

Pues bien. Lo primero por indicar es que la Sala no encuentra fundamento alguno para concluir que el acuerdo al que arribó el actor con Mansarovar Energy Colombia Ltd. vulnere derechos inciertos e indiscutibles, por el contrario, se trata de un pacto que gira en torno a la terminación del contrato de trabajo y a la posibilidad de efectuar un plan de retiro, lo que como se dijo en precedencia y conformidad con el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no está prohibido y es legítimo, pues el trabajador está en la posibilidad de aceptarlo o rechazarlo.

Así las cosas, la única forma de considerar que dicho acuerdo transaccional está afectado de nulidad es por padecer de algún vicio del consentimiento, respecto a lo que se encuentra que la parte actora, insiste

especialmente en que hubo coerción al momento de celebrar tal acto. Al punto, la Sala se remite al interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada, Jorge Hernán Gutiérrez, así como a la prueba testimonial arriada a las diligencias por ambas partes en especial la testimonial presentada por la activa, los señores Cilia Edanyz Escobar Delgado, Martha Esperanza Martínez Bohórquez, Fernando Silva Saavedra y Andrea Ferreira Hoyos, en aras a dilucidar los reparos a la sentencia.

De la declaración del señor Jorge Hernán Gutiérrez en su calidad de representante legal de **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** no es posible derivar confesión, puesto que fue claro en manifestar que al momento de llevarse a cabo el acuerdo transaccional al demandante se le expresó la forma en que se establecería el valor de los ítems del acuerdo transaccional; que la directriz fue dar un tiempo razonable para que los trabajadores pudieran revisar y evaluar el acuerdo transaccional; y que a nadie se le hizo firmar el acuerdo transaccional, pues este se le presentó a los empleados de la empresa y ellos de manera libre decidieron si se acogían o no al plan de retiro.

En cuanto a los testigos Cilia Edanyz Escobar Delgado, Martha Esperanza Martínez Bohórquez, y Fernando Silva Saavedra, debe advertirse previamente que sus testimonios *se evaluarán con mayor rigurosidad*, de conformidad con el artículo 61 del C.S.T., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, como quiera que todos y cada uno de ellos manifestaron que instauraron demanda contra la misma entidad demandada por los mismos hechos que generan los pedimentos de esta acción.

Precisado lo anterior, se encuentra que, si bien **Cilia Edanyz Escobar** señaló que estaba segura que el accionante firmó el acuerdo transaccional por cuanto las pretensiones que tuvo la compañía son las mismas que le informó a cada uno de los trabajadores y que el acuerdo no fue presentado con horas o días de anterioridad, lo cierto es que manifestó que no estuvo presente en el momento en el que el actor suscribió el acuerdo transaccional ni que lo leyó.

Por su parte, la señora **Martha Esperanza Martínez Bohórquez**, expresó que no conoció con anterioridad el acuerdo transaccional que firmó con la demandada y que lo conoció cuando la llamaron a la oficina y se lo presentaron; que *creía* que el acuerdo transaccional era igual para todos los trabajadores porque los despidieron de la misma forma; y que el jefe de cada trabajador los llamaba uno a uno y les decía que finalizaba su relación laboral con la compañía y que necesitaban que se firmara el acuerdo inmediatamente o se perdían los beneficios que otorgaban este, lo que fue una presión psicológica; lo cierto es que manifestó que estaba en un campo diferente al del actor en el momento que éste suscribió su acta transaccional, pues este se encontraba en Moriche y ella en Bogotá, y que sabía que al actor no se le puso de presente el acta transaccional con anterioridad, porque lo llamaron en su jornada laboral y él le contó esa situación.

Finalmente, **Fernando Silva Saavedra**, si bien adujo que los trabajadores no tuvieron la posibilidad de conocer con anterioridad el acuerdo transaccional sino sólo hasta que se llevó el acto del despido; lo cierto es que no estuvo presente cuando el actor suscribió el acta transaccional, no conoce si al actor se le coaccionó de alguna manera, y no leyó el acuerdo transaccional del actor.

De esta manera, es claro que los testimonios narrados resultan insuficientes para establecer que el demandante fue coaccionado por parte de **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** para firmar el acta de transacción, pues no estuvieron presentes cuando el actor suscribió el acta transaccional, no leyeron dicho acuerdo, basan sus declaraciones en suposiciones, en lo que pasó en sus casos concretos, en lo que les comentó el mismo accionante y en las reuniones posteriores que llevaron a cabo con él, de modo que, a juicio de la Sala, son testigos indirectos que no dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrollaron los hechos, ni de los mismos se pueden extraer de manera certera las condiciones en las que se celebró el acuerdo transaccional ni, en específico, si hubo alguna clase de coacción o violencia.

Por tanto, no es dable considerar que en el acto de terminación y transacción celebrado entre el actor y **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.** se presentara fuerza o violencia como vicio del consentimiento, y que esta hubiese sido tan poderosa e irresistible que hubiera privado al demandante de su discernimiento y albedrío, hasta el punto de que hubiese sido el querer de la empresa demandada el que se impusiera en la relación del negocio jurídico, máxime si se tiene en cuenta que el actor en su interrogatorio de parte informó que no todos los trabajadores firmaron tal acuerdo, pues conoció el caso de un ingeniero que no lo suscribió; y la testigo Andrea Ferreira Hoyos (testigo de la demandada) narró que a los trabajadores cuando se les presentaba el acta de terminación y transacción se les daba el tiempo necesario para que pudieran leer el acuerdo; se les explicaba cada una de las condiciones del mismo; que los que tuvieron dudas acerca del acuerdo no lo firmaron hasta que el Departamento de Recursos Humanos les diera una respuesta al respecto (lo que sucedió especialmente frente a créditos puntuales que tenían algunos trabajadores); y que a los líderes antes de entregar la propuesta del plan de retiro se les dio un instructivo de lo que debían de decirle a los empleados, de cómo debían decirlo, y se les expuso el acuerdo de manera detallada para que también pudieran explicarlo a los trabajadores.

Aunado a lo anterior, no se encuentra que se hubiera viciado el consentimiento del accionante por haberse incurrido en dolo o error, dado que si bien los testigos Cilia Edanyz Escobar Delgado, Martha Esperanza Martínez Bohórquez y Fernando Silva Saavedra, señalaron que no conocían el valor exacto de la suma que se les pagaría por concepto de transacción y que no se les informó que se les haría un descuento por retención en la fuente, lo cierto es que el acuerdo transaccional es lo suficientemente claro en lo que se iba a pagar, pues señaló expresamente que se reconocería la suma equivalente a la indemnización por despido sin justa causa que le hubiere correspondido al trabajador más un 30% del monto que resulte de lo anterior, y estableció que se harían las correspondientes deducciones tributarias. Así lo dijo el acta de terminación y transacción:

“2. Las partes acuerdan que raíz del presente acuerdo de terminación del contrato de trabajo y transacción, MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD:

a) Pagará un valor a título de bono de retiro/suma transaccional equivalente a lo que sería una eventual indemnización por terminación de contrato sin justa causa.

b) Pagará segundo valor a título de bono de retiro/ suma transaccional equivalente al 30% del monto anterior al valor de un salario básico mensual.

(...) 3. Es claro que la empresa realizará las deducciones tributarias que correspondan tanto de la liquidación final de acreencias laborales como de todos los demás pagos y beneficios. MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. pagará el valor que arroje la liquidación final de acreencias laborales, mediante transferencia electrónica a la cuenta de pago de nómina, la cual se encuentra autorizada por el trabajador, a más tardar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la terminación del contrato de trabajo.”

Por tanto, es claro que el acuerdo fue lo suficientemente diáfano, y que el accionante conocía de las consecuencias de la celebración de tal acto, por lo que al no evidenciarse vicio de consentimiento alguno, y por ende que estuviere afectado de nulidad, se considera que el mismo es válido y ajustado a derecho.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. 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 lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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 parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **SEBASTIÁN SALGADO MORALES** promoviese contra **JUAN CAMILO RODRÍGUEZ ARTUNDUAGA.**

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 26 de septiembre de 2017 y terminó el 28 de diciembre de 2017; y que la relación laboral finiquitó como resultado de un despido indirecto. Como consecuencia de lo anterior, se pretende el reconocimiento y pago de salarios, primas de

servicios, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de cesantías e intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización moratoria, e indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones el actor narró que: **1)** El 26 de septiembre de 2017 inició labores bajo el mando de JUAN CAMILO RODRÍGUEZ ARTUNDUAGA para elaborar una serie de trabajos de asesoría financiera; **2)** Las órdenes se las entregaban a través de correo electrónico, y tenía que rendir informe de su actuación de forma presencial en una oficina ubicada en la Calle 73 con carrera 3; **3)** Pese al cumplimiento de sus obligaciones no le fue pagado su salario; **4)** A raíz del incumplimiento en el pago de su salarios, dio por terminado el vínculo laboral con el demandado; y **5)** A la fecha no le han pagado las acreencias laborales que pretende, y no fue afiliado a seguridad social.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

JUAN CAMILO RODRÍGUEZ ARTUNDUAGA (fls.18 a 34), se opuso a las pretensiones de la demanda. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la relación laboral, prescripción, y la innominada o genérica.

El demandado no aceptó ningún hecho. Indicó que no se allegan pruebas que den cuenta de la existencia de una relación laboral, y especialmente de que el accionante hubiera prestado algún servicio a favor del demandado.

Finalmente, expuso que el demandante laboró por siete meses para la Superintendencia de Sociedades desde el 15 de junio de 2017, entidad frente a la que se obligó a no prestar sus servicios de asesoría a otra persona natural o jurídica; y que a partir del 10 de noviembre de 2017, el demandante fue nombrado en provisionalidad en la Superintendencia de Sociedades.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis refirió, que de las conversaciones allegadas al plenario sostenidas a través del medio whataspp, se puede extraer que el demandado le adeuda una suma de dinero al accionante, y que aquél le manifestó al actor la imposibilidad de cumplir con su pago; que de lo anterior no se logra desprender que el demandante hubiera prestado sus servicios personales al demandado y, por el contrario, sus conversaciones se asemejan a las que comúnmente se sostienen entre compañeros de trabajo; que los correos electrónicos que se allegaron fueron remitidos por una persona diferente al demandado, de nombre Andrés Almanza; que del interrogatorio de parte del demandado no se deriva confesión; y que del interrogatorio de parte rendido por el actor, se logra desprender que ostentaba la calidad de contratista y, posteriormente, de empleado público de la Superintendencia de Sociedades.

5. APELACIÓN

PARTE ACTORA.

Reprochó el sentido de la sentencia del A Quo, por considerar que en el plenario se encontraban acreditados los elementos del contrato de trabajo, pues en su sentir, de los correos electrónicos allegados se logra desprender que el actor hizo todo un trabajo intelectual consistente en verificar procesos de selección, y revisar los documentos que eran enviados por el demandado.

Finalmente, manifestó que en las conversaciones de whatsapp se tocan temas puntuales acerca de los proyectos que estaban efectuando las partes y que, de lo anterior, se logran desprender elementos del contrato de trabajo, tales como la prestación personal del servicio y la subordinación.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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 éstas 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. 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.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y por ende hay lugar a acceder a las prestaciones de la demanda.

Del contrato de trabajo y los extremos temporales

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 trabajo.¹

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 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”.

Igualmente, y en relación con la acreditación de los extremos temporales la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora:

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <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”.

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

Del valor probatorio de los mensajes de datos

Los artículos 6º, 7º y 8º de la Ley 527 de 1999, determinan los requisitos de validez probatoria en mensajes de datos, circunscribiéndola - la validez - a que el mensaje de datos se pueda abrir electrónicamente y esté firmado, es decir, se pueda conocer electrónicamente quién lo hizo y sea original. En otras palabras, que se garantice que no ha sido alterado desde que se generó en su forma definitiva.

Con la expedición del Código General del Proceso, se dispuso que, en materia probatoria, los mensajes de datos se valorarán cuando hayan sido aportados en el formato que fueron generados y que, “la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos (art 247) y la jurisprudencia ha dicho que para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere la Ley 527 de 1999, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas (art 167, CGP)

Frente al punto resulta pertinente recordar que la Corte Constitucional, en la Sentencia **C-604 de 2016**, se pronunció sobre las impresiones de mensajes de datos explicando que: “La información pasa de estar contenida en un dispositivo electrónico, que asegura la integridad, autenticidad e inalterabilidad de la información, a un soporte de papel sin esa capacidad técnica, por lo cual, el elemento material probatorio resulta modificado y se convierte en una mera reproducción de su original. Dado que las propiedades de la evidencia misma se han entonces transformado, el legislador dispuso que la referida impresión del mensaje se somete a las mismas reglas de valoración de los documentos. Esto obedece a que, elementalmente, las reglas sobre equivalencia funcional, pero sobre todo, los criterios de apreciación propios de un documento electrónico no son ya aplicables al documento de papel”.

Así las cosas, el contenido de un mensaje remitido por WhatsApp, debe valorarse como mensaje de datos a partir del documento que lo dimensione y se aporte al proceso conforme las reglas establecidas en el art 247 del CGP; esto es: **i)** en el formato en que fueron generados, enviados o recibidos, **ii)** en algún formato que lo reproduzca con exactitud, o, **iii)** con la impresión en papel que contenga el mensaje, de modo que, si se aportó en cualquiera de las dos primeras formas, se valora bajo las reglas establecidas en los arts 6 y 7 de la Ley 527 de 1999., según los cuales, las exigencias de validez probatoria de un mensaje de datos y su valor probatorio se desprenden de la firma electrónica que dé cuenta su texto, para que puedan reputarse auténticos conforme el art 244 del CGP; pero, si el mensaje de datos se aporta con una impresión en papel, no sería tenido en cuenta como mensaje de datos, por lo que, en primera instancia, perdería la presunción de autenticidad inserta en el artículo 244 del Código General del Proceso, no obstante se puede valorar de conformidad de las reglas generales de los documentos (art 247 CGP), esto es de acuerdo con las pautas contempladas en los arts. 245 y 246 ibídem.

DEL CASO EN CONCRETO

En el asunto sometido a estudio de la Sala, se debe dilucidar si en efecto entre las partes existió una relación regida por un contrato de trabajo,

a partir de la prueba arrimada al proceso, que se circunscribe a la documental y a los interrogatorios de ambas partes.

Al proceso se allegó la siguiente prueba documental:

- i) La impresión de un mensaje de datos enviado a través de la plataforma WhatsApp, aportada por el demandante, en la que se observa una cadena de mensajes enviados en los que el señor Sebastián Salgado Morales requirió en varias oportunidades a Juan Camilo Rodríguez Artunduaga a fin de que le reconociera un dinero que le estaba debiendo con ocasión de un negocio que al parecer convinieron aquellos, sin mencionarse exactamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar de aquel, tan solo se señalan tangencialmente unos indicadores financieros y de una cadena que existe entre las partes (fls. 9 a 15).
- ii) Pantallazos de la bandeja de entrada del correo electrónico del demandante en la que se observa que el actor envió y recibió correos electrónicos alusivos a procesos de competencia y estudios de mercado, no obstante, la persona que aparece como remitente y/o destinatario es "**Andrés Almanza**", tercero ajeno a este proceso (fls. 16 a 18).
- iii) Copia de un contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandante y la Superintendencia de Sociedades, con fecha de inicio del 15 de junio de 2017, por el término de siete meses, cuyo objeto fue llevar a cabo la formulación y ejecución de análisis y estrategias financieras (fls. 35 a 47).
- iv) Copia de la Resolución expedida por el Superintendente de Sociedades el día 10 de noviembre de 2017, por medio de la cual el demandante fue nombrado en provisionalidad en la planta global de la Superintendencia de Sociedades (fls. 51 y 52).

Pues bien, evaluada en su conjunto la totalidad de la prueba y conforme las reglas de la libre formación del convencimiento y la sana crítica la Sala encuentra acierto en el fallo de primera instancia que negó las pretensiones del actor, por cuanto en realidad éste no cumplió con la carga

de probar los fundamentos de facto necesarios para declarar la existencia de un contrato de trabajo con el señor Juan Camilo Rodríguez Artunduaga.

En efecto, del acervo probatorio recaudado y estudiado en su integridad, no se encuentran fundamentos para afirmar que el señor Sebastián Salgado Morales prestó personalmente un servicio a favor de Juan Camilo Rodríguez Artunduaga, puesto que, en el mejor de los casos y atendiendo los documentos relativos a la impresión de los mensajes de datos aportados al plenario, - que valga decir no fueron objeto de reproche alguna por la pasiva, por lo cual pueden ser tenidos en cuenta en la valoración de la prueba - únicamente se encuentra demostrado que éste último le adeuda un dinero al primero, sin embargo se desconocen las razones que dieron origen a tal pasivo y si este se derivó o no de algún servicio personal que el actor le prestara al demandado, además, las pruebas son insuficientes para determinar algún tipo de extremo temporal, ya que se desconoce en qué momento el accionante pudo prestar un servicio a favor del demandado, y hasta cuándo se pudo haber extendido tal situación.

Aunado a lo anterior, lo que del restante acervo probatorio se logra desprender es que Sebastián Salgado Morales y Juan Camilo Rodríguez Artunduaga fueron -o son - compañeros de trabajo en la Superintendencia de Sociedades, y no que el accionante estuviera en condición de empleado, le prestara algún servicio, o que existiera algún tipo poder subordinante que sobre el actor ejerciera el demandado.

Por otra parte, se tiene que el señor Juan Camilo Rodríguez Artunduaga compareció a juicio a rendir interrogatorio de parte, no obstante de su declaración no se logra desprender confesión, puesto que manifestó que no tuvo ningún tipo de relación laboral con el accionante; que nunca ha sido empresario; que es compañero de trabajo del actor en la Superintendencia de Sociedades; que nunca ha desarrollado algún proyecto sobre bilingüismo e incubadoras en el Norte de Santander; y que únicamente había una intención de un proyecto en Norte de Santander.

En esas condiciones, considera la Sala que en el plenario no obra prueba que sea lo suficientemente certera, fehaciente, y fidedigna, para

Demandante: **SEBASTIÁN SALGADO MORALES.**

Demandado: **JUAN CAMILO RODRÍGUEZ ARTUNDUAGA.**

determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, destacando en todo caso la orfandad probatoria para demostrar las pretensiones a las que aquí se aspiraba

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. 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 lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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 05-035-2019-00637 -01

Demandante: **SEBASTIÁN SALGADO MORALES.**

Demandado: **JUAN CAMILO RODRÍGUEZ ARTUNDUAGA.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la parte actora.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, 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** magistrada ponente, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 20 de abril de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que la **JOSÉ ERNESTO ROA BARRETO** promoviese en contra de la **NUEVA E.P.S.**

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la entrega del medicamento denominado Apixaban 5 mg; y que se generen las sanciones correspondientes por la falta de suministro del aludido medicamento.

2. PRETENSIONES.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta: **1)** En 2019 presentó un episodio de pérdida de memoria, por lo que debió ser hospitalizado durante cuatro días; **2)** Le fue diagnosticado accidente cerebro transitorio y fibrilación paraxística, siendo medicado con Apixaban; **3)** El 24 de febrero de 2021, le fue autorizado el medicamento denominado Apixaban por el término de seis meses, no obstante, únicamente le entregaron los correspondiente a 15 días; **4)** Por lo anterior, su familiar fue a las instalaciones de la demandada para solicitar la modificación de su orden, no obstante, la primera entrega del medicamento quedó para el día 09 de abril de 2021, por lo que estuvo sin medicamento todo el mes de marzo; y **5)** El 18 de marzo de 2021, es atendido por médico general, quién generó una nueva orden, empero, que no fue autorizada por la entidad promotora de salud.

3. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

NUEVA E.P.S. (fls. 15 a 19), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominaron carencia actual de objeto por hecho superado, y la genérica.

Indicó que si bien es cierto la formulación del medicamento Apixaban 5mg tenía un error en la posología, lo cierto es que el fármaco será entregado en el domicilio del demandante el 09 de abril de 2021, por parte de la Farmacia Colsubsidio.

4. SENTENCIA

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 20 de abril de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria** (fls. 39 a 41).

En síntesis, refirió que de la verificación técnica elaborada por la galena MARTA LUCÍA CASTRO RAMÍREZ, era posible establecer que la NUEVA E.P.S. realizó el suministro de la tecnología en salud requerida por el demandante; y que por lo anterior, se está frente a un hecho superado.

5. APELACIÓN (fls.45 a 47).

PARTE ACTORA.

Adujo que de conformidad con la verificación técnica elaborada por MARTA LUCÍA CASTRO RAMÍREZ, se deja claro el nivel de riesgo al que estuvo expuesto el actor por no recibir su medicamento en el mes de marzo de 2021; que el apoderado de la NUEVA E.P.S. admitió el error cometido en la formulación del medicamento; que la demanda fue con el fin de que le reconocieran el medicamento en el mes de marzo de 2021; que el medicamento entregado en abril de 2021 corresponde al de dicho mes; y que no recibió el fármaco dentro de las 24 horas siguientes como se dispuso en la medida cautelar.

6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA:

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, 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.

III. 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 ordenar el suministro del medicamento Apixaban de 5 mg, por su falta de reconocimiento en el mes de marzo de 2021.

ENTREGA DE MEDICAMENTOS.

El Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. En este desarrollo legislativo se consagró, de un lado el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial y obligatorio, el cual **debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** Al respecto, el artículo 2° de la citada normatividad, establece:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende **el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. (Negrillas por la Sala).

Ahora bien, el suministro de medicamentos es una de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio de salud, para lo cual se deben observar los principios de oportunidad y eficiencia. En efecto, en sentencia T-531 de 2009, la H. Corte Constitucional estableció que la prestación eficiente del servicio de salud guarda estrecha relación con la razonabilidad de los trámites administrativos, de tal manera que no se impongan demoras excesivas que impidan o dificulten el acceso al servicio y no constituyan para el interesado una carga que no le corresponde asumir:

“Desde esta segunda óptica, el principio de integralidad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos,

medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a); con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.

El mismo legislador en la Ley 100 de 1993 consagró este principio en el numeral 3° del artículo 153 cuando señaló que: *“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”*. De igual forma, el literal c del artículo 156 ibidem expresa que *“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”*

Resulta frecuente que las solicitudes elevadas a los jueces de amparo versen justamente sobre el reconocimiento de un *conjunto* de prestaciones relacionadas con una determinada condición de salud de una persona, que ha sido determinada por un médico.

En igual sentido, el artículo 131 del Decreto-Ley 019 de 2012, establece, la obligación de las entidades promotoras de salud de garantizar la distribución y suministro completo e inmediato de los medicamentos ordenados por los médicos tratantes a los usuarios y que se encuentren cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, así:

“ARTÍCULO 131. Suministro de medicamentos. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán la obligación de establecer un procedimiento de suministro de medicamentos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, a través del cual se asegure la entrega completa e inmediata de los mismos.

En el evento excepcional en que esta entrega no pueda hacerse completa en el momento que se reclamen los medicamentos, las EPS deberán disponer del mecanismo para que en un lapso no mayor a 48 horas se coordine y

garantice su entrega en el lugar de residencia o trabajo si el afiliado así lo autoriza.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará progresivamente de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto, iniciando por los pacientes que deban consumir medicamentos permanentemente”.

En cuanto al suministro tardío de medicamentos la H. Corte Constitucional en sentencia T-243 de 2016, señala:

“26. La dilación o la imposición de barreras injustificadas en la entrega de los medicamentos a los que tiene derecho el paciente implica que el tratamiento ordenado no se inicie de manera oportuna o se suspenda, por lo que se puede generar una afectación irreparable en su condición y un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad. En consecuencia, con estas situaciones se produciría la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario. Por tal razón, el suministro tardío o inoportuno de medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud”.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) José Ernesto Roa Barreto padece de Fibrilación Auricular Paroxística con diagnóstico desde agosto de 2019, motivo por el que sus médicos tratantes han prescrito tratamiento con el medicamento denominado Apixaban de 5 mg cada 12 horas (fl.6).
- ii) El 09 de abril de 2021 le fue entregada la cantidad pendiente de Apixaban de 5 mg (fls.37 y 38).

Encuentra la Sala que le asiste razón al demandante en cuanto a que frente a la formulación del medicamento del mes de marzo a agosto de 2021, hubo un error en la posología, puesto que el fármaco Apixaban de 5 mg, debía ser suministrado al accionante cada 12 horas, y únicamente se

formularon 180 tabletas (30 tabletas por mes cuando debían ser 60), puesto que dicha situación fue aceptada por la demandada al dar contestación al hecho cuarto de la demanda (fl.15).

Al respecto, observa la Sala que la entidad demandada intentó subsanar su yerro el 15 de marzo de 2021, autorizando el reconocimiento de los medicamentos en 60 tabletas mensuales durante seis meses, no obstante, estableció que la primera fecha de entrega lo sería el 09 de abril de 2021, tal y como lo aduce el demandante en el hecho segundo del libelo introductor y fue aceptado por la accionada al dar contestación de la demanda en la que señaló “debe indicarse que el medicamento Axipaban de 5 Mg será entregado en el domicilio del demandante el próximo 09 de abril de 2021, por parte de la Farmacia Colsubsidio” (fl.3 y 17).

Dicho medicamento fue recogido por la parte actora el 09 de abril de 2021, tal y como se avizora a folios 37 y 38.

Por tanto, considera la Sala que sí se cumplió con el suministro del medicamento, diferente es que pueda existir un reconocimiento tardío del mismo, al ser suministrado el 09 de abril de 2021 y no a lo largo del mes de marzo, caso en el cual, si a juicio del demandante, se incurrió en algún tipo de tardanza que deba ser objeto de sanción, la entidad competente para imponer dichas sanciones no es la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del proceso sumario sino el Despacho del Superintendente Delegado de Procesos Administrativos dentro del procedimiento sancionatorio, recuérdese que el numeral 3° del artículo 5° de la Resolución 1604 de 2013 en consonancia con el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 29 del Decreto 2462 de 2013, señalan:

“ARTÍCULO 5o. RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DEL SISTEMA. Las entidades y organismos que conforman el Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control de la entrega de medicamentos, tendrán las siguientes responsabilidades:

(...) **3. Superintendencia Nacional de Salud.** En su función de inspección, vigilancia y control de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), le corresponde proteger los derechos de los usuarios a fin de que se les garantice el acceso y entrega de medicamentos, so pena de la imposición de sanciones, conforme a lo establecido en la normatividad vigente”.

“ARTÍCULO 128. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO. La Superintendencia Nacional de Salud aplicará las multas o la revocatoria de la licencia de funcionamiento realizando un proceso administrativo sancionatorio consistente en la solicitud de explicaciones en un plazo de cinco (5) días hábiles después de recibida la información, la práctica de las pruebas a que hubiere lugar en un plazo máximo de quince (15) días calendario, vencido el término probatorio las partes podrán presentar alegatos de conclusión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. La Superintendencia dispondrá de un término de diez (10) días calendario después del vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión para imponer la sanción u ordenar el archivo de las actuaciones. Si no hubiere lugar a decretar pruebas, se obviará el término correspondiente. La sanción será susceptible de los recursos contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO. Con sujeción a lo anterior y teniendo en cuenta en lo que no se oponga, lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante acto administrativo, desarrollará el procedimiento administrativo sancionatorio, respetando los derechos al debido proceso, defensa, contradicción y doble instancia”.

“ARTÍCULO 29. Funciones del Despacho del Superintendente Delegado de Procesos Administrativos. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado de Procesos Administrativos, las siguientes:

1. Adelantar la investigación administrativa, cuando en ejercicio de las diferentes actividades de inspección y vigilancia ejecutadas por las Superintendencias Delegadas, se evidencien asuntos que puedan conllevar infracción, por parte de los sujetos vigilados, de las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2. Adelantar y resolver en primera instancia los procesos administrativos sancionatorios e imponer las sanciones que correspondan de conformidad con la ley, a los sujetos vigilados por la Superintendencia Nacional de Salud. (...)"

Finalmente, y pese a que se considera que se cumplió con el suministro del medicamento denominado Axipaban, y que es el Despacho del Superintendente Delegado de Procesos Administrativos dentro del procedimiento sancionatorio, el ente encargado de imponer las correspondientes sanciones por el reconocimiento tardío del aludido medicamento, la Sala considera que ante la ocurrencia de una demora injustificada, conducta que a todas luces es irregular, por cuanto afecta los derechos fundamentales del afiliado, quien ve menguada su posibilidad de acceder en forma plena al derecho a la salud, escenario que inclusive podría poner en riesgo su derecho a la vida, se **MODIFICARÁ** la sentencia en el sentido de **ADICIONARLA EXHORTANDO** a la NUEVA E.P.S. para que en el futuro suministre los medicamentos ordenados por el médico tratante de sus afiliados, sin ningún tipo de dilación. En lo demás se confirmará la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. 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** la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que se **EXHORTA** a la NUEVA E.P.S. para que en el futuro suministre los medicamentos ordenados por el médico tratante de sus afiliados, sin ningún tipo de dilación. En lo demás se confirmará la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00488 -01

Demandante: **JOSÉ ERNESTO ROA BARRETO.**

Demandado: **NUEVA E.P.S.**

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.

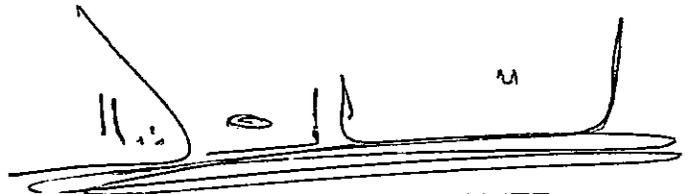
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER