



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ESPERANZA TRIVIÑO RODRÍGUEZ  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 15-2020-00290-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Esperanza Triviño Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones, bonos pensionales y todos los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada así como los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS y a contabilizar para efectos de la pensión las semanas cotizadas en este régimen; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al ISS desde el año 1987 al 2000 y que al momento del traslado no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, ni frente al régimen que más le convenía analizando las particularidades del caso, a pesar de que la AFP demandada tenía a su cargo una responsabilidad de carácter profesional. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 18CorreoNotificacionDemanda); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1 Colpensiones.** Presentó contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al fondo privado y que ha actuado ajustada a derecho. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 12EscritoContestacionColpensiones)

**3.2 AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones arguyendo que la afiliación se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, además, que fue amplia y oportunamente asesorada e informada, ya que le garantizó el derecho de retracto. Expuso que los vicios del consentimiento derivan en nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación y que no procede la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual opera frente a los actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir conductas dolosas.

Agregó que la SIF en concepto con radicación N° 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020 indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, ni tampoco la comisión de administración; razón por la cual se configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones en la medida que no existe norma que disponga tal devolución. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 10ContestacionPorvenir)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 20 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RMPD al RAIS realizado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. y en consecuencia ordenó a esta entidad trasladar los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la actora como aportes y rendimientos a Colpensiones. Finalmente, no impuso condena en costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 31898 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1452 de 2019, 1689 de 2019, 373 de 2021, 1197 de 2021, 1715 de 2021 y 1309 de 2021 señalando que el consentimiento vertido en el formulario es insuficiente para dar por demostrado el cumplimiento del deber de información. Aludió a que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado y, por tanto, corresponde a la AFP demostrar que cumplió con el deber de información. Así, aseveró que Porvenir no cumplió con la carga de la prueba, ya que solo se evidenció una práctica comercial al realizar afiliaciones. Dijo que debió brindar información a la afiliada acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por la **AFP Porvenir S.A.**, aduciendo que se le está imponiendo una carga imposible de cumplir ya que para esa data de la afiliación el único requisito para probar tanto la existencia como la validez era la suscripción del formulario en los términos del artículo 11 del Decreto 692. Esbozó que no se configura ningún error o vicio en el consentimiento, además, que el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado anterior por lo que la demandante es quien debe responder por la pérdida de los intereses generados.

### 6. Alegatos de conclusión.

**6.1. Parte demandante.** En su escrito indicó que no existe prueba alguna que condujera a verificar que la AFP Porvenir S.A., hubiese brindado la asesoría e información necesaria

completa, eficiente eficaz, cierta y oportuna al realizar el traslado de régimen pensional, ni le advirtió de las implicaciones que con llevaba las pensiones dentro del régimen de prima media con prestación definida y en el régimen de Ahorro individual con solidaridad como tampoco de la forma de pensiones que tiene el RAIS.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Alegó en su favor que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.3. Colpensiones.** Refirió que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP Porvenir S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento

en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora Esperanza Triviño Rodríguez, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 14 de agosto de 1987, con cotizaciones hasta marzo del año 2000, conforme aparece en la historia laboral allegada al plenario (Expediente electrónico, 14AnexoCorreo20210506ExpAdmiCC51720888); que suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. con fecha 28 de marzo de 2003 (Expediente electrónico, PDF 10ContestacionPorvenir), donde se encuentra actualmente, según historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia puesto que esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a la AFP respecto a la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la

demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones 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 sólo 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, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "*...las hechas por la*

*Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces”* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Excepción de prescripción**

La acción de ineficacia del traslado 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 imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

## **DECISIÓN**

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral primero de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinado a seguros previsionales, gastos de administración y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de

ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia a favor del actor y a cargo de AFP Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000, a cargo de cada una.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ÁLVARO TRUJILLO BUITRAGO  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**Radicado No.:** 39-2020-00115-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Álvaro Trujillo Buitrago instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el propósito de que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado que realizó el demandante del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado a Colpensiones como si nunca se hubiese trasladado de régimen pensional; a la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones y bonos pensionales junto con los rendimientos que se hubiesen causado, gastos de administración o cualquier otro; se condene a la AFP Protección S.A. a seguir pagando la mesada pensional en caso de haberse otorgado previamente hasta que se dé el traslado de los emolumentos a Colpensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se vinculó con el ISS a partir del 26 de septiembre de 1985, trasladándose de régimen pensional con la afiliación del 11 de septiembre de 1998. Refirió que el asesor de la AFP solo se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las ventajas y desventajas de pertenecer a este régimen. (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalFolios1a186, págs. 3 a 36)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 09NotificacionAgencia20210804); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento. Esgrimió que no se

evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, razón por la cual las documentales se encuentran sujetas a derecho. Indicó que no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 y se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797 de 2003, para efectuar el traslado. En su defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Expediente electrónico, PDF 02Contestación)

**3.2 AFP Protección S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que el acto de traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además, por cuanto a que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea. Indicó que el formulario tiene la naturaleza de un verdadero contrato por lo que se adquieren derechos y obligaciones para ambas partes, aunado a que la firma del formulario es una señal de aceptación y constituye una manifestación inequívoca de la voluntad de trasladarse.

Refirió que no se puede devolver los conceptos de pago al fondo de garantía de pensión mínima ya que este pago se realiza mes a mes y esto son utilizados a favor de terceros que no cumplieron con los requisitos mínimos para generar el derecho a la pensión en el RAIS, de manera que no es posible ordenar que se traslade concepto diferente al dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencias de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada. (Expediente electrónico, PDF 02ContestaciónDemanda (1))

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 27 de septiembre de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPMPD al RAIS con la AFP Protección S.A. y por ende, debe entenderse que aquel jamás se separó del RPMPD. Así las cosas, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar al RPMPD todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con rendimientos, comisiones por administración debidamente indexadas durante el tiempo de permanencia, sin descontar sumas por seguros de invalidez y sobrevivientes o sumas destinadas a la garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a recibir el dineros y a reactivar la afiliación del demandante al RPMPD sin solución de continuidad; finalmente, condenó a la AFP Protección S.A. al pago de costas.

La decisión de la Juez tuvo sustento en la Ley 100 de 1993 en sus artículos 13, 271 y 272 y las sentencias SL 989 de 2008; 4964 de 2018, 1452 de 2019, 1688 de 2019, 985 de 2020, 2611 de 2020, 1333 de 2021, 145 de 2021, 4025 de 2021 y 4033 de 2021; señalando que las AFPs están obligadas a brindar la debida información desde la expedición de la citada ley y a actuar bajo el principio de transparencia. Expuso que la

AFP debe dar a conocer con un lenguaje claro, simple y comprensible los elementos definitorios y condiciones de ambos regímenes, de manera que debe brindar información objetiva, las posibles consecuencias y principales características del régimen. Indicó que la carga de la prueba corresponde a la AFP Protección, por ende, de la lectura del formulario no se evidencia cual fue la información que se le suministró al demandante y que exigirle al afiliado que vaya y corrobore la información con otro asesor es una carga adicional y no respeta el principio de buena fe.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 Colpensiones:** Recurrió la decisión proferida para que se revoque en su totalidad y se absuelva de todas las condenas impuestas señalando que el actor hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional sin que se haya ejercido presión o coacción alguna; que el demandante no realizó ninguna acción tendiente a conocer o profundizar más sobre su derecho pensional y que desde el Decreto 2241 de 2010 los afiliados debían concurrir ilustrados sobre la escogencia del régimen, sin embargo, solo hasta el 2019 el actor presentó solicitud de ineficacia cuando ya se encontraba en la prohibición de la Ley 797 de 2003, siendo por tanto la afiliación al RAIS válida y ratificada.

**5.2. AFP Protección S.A.:** Recurrió la decisión de manera parcial frente al numeral segundo y quinto señalando que los descuentos ordenados a retornar se realizaron con facultad de la Ley 100 de 1993; que debe darse aplicación al artículo 1746 y finalmente que se está generando una pérdida ya que las sumas por seguro previsional fueron pagadas a un tercero de buena fe.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor que al momento de la afiliación, el representante de la AFP Protección S.A., solamente se limitó a llenar un formato preestablecido y no le dio información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en general sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen pensional.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, año 2019 el demandante contaba con 59 años, pues nació el 7 de octubre de 1959, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Refirió que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, además, que un punto de derecho no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y AFP Protección S.A. por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

**6.3. AFP Protección S.A.** Refirió que no procede en este caso concreto la devolución de la comisión de administración y prima del seguro provisional, teniendo en cuenta que son descuentos autorizados en la Ley que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor Álvaro Trujillo Buitrago se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 26 de septiembre de 1985, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por la citada entidad (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalFolios1a186, págs. 37 a 41) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. con fecha del 11 de septiembre de 1998 (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalFolios1a186, pág.86), donde se encuentra actualmente, según historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra

en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de

información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se les debe indicar respecto a la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones 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 sólo 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, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera**

**íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópicó encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Protección S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "*...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces*" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados, de allí que se siga confirmar la sentencia de primer grado.

### **Excepción de prescripción**

La acción de ineficacia del traslado 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

imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

## **COSTAS**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

## **DECISIÓN**

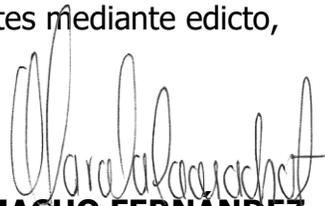
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

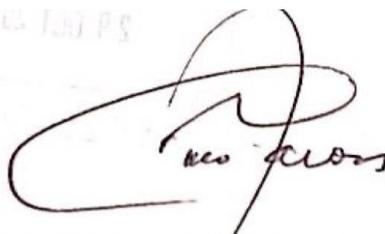
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** NYDIA LINARES CORREDOR  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 20-2019-00663-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SIMÓN ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Nydia Linares Corredor instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación que se realizó con la AFP demandada y, en consecuencia, se ordene a esta realizar los trámites pertinentes para el retorno de la demandante al RPMPD incluyendo aportes, rendimientos, bonos pensionales si hubiere lugar y cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación de la actora como las cuotas de administración. Así mismo, pidió que se ordene a Colpensiones realizar todos los trámites tendientes a su retorno, pago de perjuicios morales, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 28 de enero de 1961, por lo que a la expedición de la Ley 100 de 1993 contaba con 33 años, encontrándose afiliada al extinto ISS. Refirió que el 1 de septiembre de 1994 se afilió a AFP Porvenir S.A. y que aquella no le brindó información suficiente al momento del traslado. (Expediente electrónico,

PDF 01 2019-663 FL. 238, págs. 3 a 16)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 01 2019-663 FL. 238, pág. 115); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación de la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que no se observa dentro del expediente prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia solicitudes, notas de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante y por ende las documentales se encuentran sujetas a derecho. Expuso que dicho traslado se hizo de manera libre y voluntaria y que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010. En su defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 genérica. (Expediente electrónico, PDF 01 2019-663 FL. 238, págs. 143 a 174)

**3.2 AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones argumentando que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones y engaños, encontrándose inmersa en la restricción de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 01 2019-663 FL. 238, págs. 171 a 226)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 9 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la demandante con la AFP Porvenir; declaró como aseguradora de la actora a Colpensiones, en consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir a devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiese con destino a Colpensiones. Condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 271, 272 y 13 literal b de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; artículo 167 del CGP; artículo 1604 del Código Civil y en las sentencias SL 31989, 31314, 1989 de 2019, 9464 de 2019, 1452 de 2019, 1688 de 2019 y 373 de 2021 señalando que cuando no hay libertad informada la consecuencia es la declaratoria de la ineficacia. Adujo que no suministrar información suficiente, necesaria y completa sobre las circunstancias del traslado del régimen es una transgresión a la afiliación libre; que la asimetría de la información es la situación en la cual dos sujetos pretenden celebrar un negocio o acto jurídico y uno de ellos tiene toda la información sobre las consecuencias reales de la celebración del mismo, pero solo suministra parcialmente lo que a él le conviene; que la ineficacia se da por falta de información; que deben constar las ventajas y desventajas de la afiliación; que la carga de la prueba corresponde a la demandada que efectuó el traslado; que la AFP debe trasladar las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales y finalmente que no se puede aplicar la prescripción.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1. Colpensiones:** Interpuso recurso de apelación señalando que la demandante estaba inmersa en la prohibición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre la existencia de un vicio del consentimiento, además, que existió ratificación expresa o tácita frente a su afiliación. En lo que hace a la condena en costas solicitó sea absuelta debido a que la falta de información no se dio por parte de la Entidad.

**5.2. AFP Porvenir S.A.:** Interpuso recurso de apelación señalando que no se valoró que el consentimiento informado fue materializado con la suscripción de la solicitud de afiliación que no fue tachada de falsa. Indicó que se presume que la actora era una persona capaz al momento de firmar la solicitud de afiliación, además, que siempre le garantizó el derecho al retracto. Esgrimió que se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada y que se debe tener presente la sentencia C 341 de 2006.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor que no le asiste razón al fondo opositor afirmar que se brindó toda la información y que su voluntad al momento de la afiliación se encontraba plenamente consciente y satisfecha.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Indicó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.3. Colpensiones.** Refirió que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante contaba con 58 años, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, además, que un punto de derecho no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y AFP Porvenir S.A. por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración,

comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibídem*, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora Nydia Linares Corredor, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 8 de agosto de 1984, con cotizaciones hasta el 4 de junio de 1992, conforme aparece en la historia laboral expedida por la citada entidad (Expediente electrónico, PDF 01 2019-663 FL. 238, págs. 54 y 55) ; que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir el 16 de agosto de 1994 (Expediente electrónico, PDF 01 2019-663 FL. 238, pág. 227), donde se encuentra actualmente, según historia laboral de cotizaciones.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 4 de junio de 1992, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP PORVENIR S.A., acaecida el 16 de agosto de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues sólo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están*", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con

posterioridad al 1 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 8 de agosto de 1984, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.**"* (Negrilla fuera del texto)

Conforme a lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 en el régimen de prima media con prestación definida no implica que se pierda tal calidad, ni tampoco que debiera diligenciar un nuevo formulario de afiliación a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 8 de agosto de 1984, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 16 de agosto de 1994 a AFP PORVENIR S.A.

De igual manera, vale la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada,***

***el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida”.***

De esta manera se reitera que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 estuvieren afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

**Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario**

previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les faltan 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones 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 sólo 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, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

## **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "*...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces*" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos,

gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado 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 imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas en primera instancia a cargo de Colpensiones**

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Colpensiones, tal y como lo señaló el a quo, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en el recurso de apelación, menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

### **Costas en segunda instancia**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral tercero de la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los gastos de administración, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia a favor del actor y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

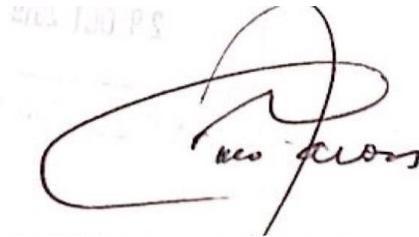
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

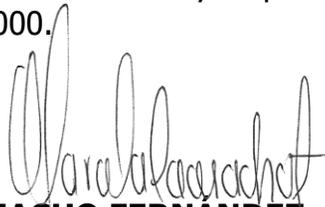


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado  
(*salva voto*)

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** JAIME PARRA SÁNCHEZ  
**Demandada:** COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 05-2019-00003-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – MODIFICA-ADICIONA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. JHON FERNEY PATIÑO HERNÁNDEZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Jaime Parra Sánchez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, con el propósito de que se declare la nulidad del traslado y en consecuencia se ordene a las AFP Porvenir trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones y esta última a recibir el traslado de todos los aportes y activar la afiliación del demandante en el RPMPD. Así mismo, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 12 de mayo de 1955 y estuvo afiliado desde el 23 de octubre de 1991 al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones. Indicó que se trasladó a la AFP Porvenir el 30 de julio de 1998, pero al momento de la afiliación no se le brindó la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen. Sostuvo, que solo se le informó sobre las ventajas y del traslado de régimen pensional. (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 págs. 1 a 15, subsanó págs. 50 a 52).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 pág. 59); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Trámite procesal.** En auto del 16 de octubre del 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá ordenó integrar el contradictorio por pasiva con el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 pág. 149)

#### **4. Contestación de la demanda.**

**4.1 Colpensiones.** Presentó contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias señalando que el actor no tiene derecho a la nulidad solicitada toda vez que la afiliación fue de manera libre, voluntaria y espontánea. Indicó que no obra soporte alguno en el expediente que demuestre el vicio del consentimiento alegado, además, que el demandante no reúne los requisitos para un posible traslado y por lo tanto la afiliación en el RAIS es válida. Como medios exceptivos propuso las de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica. (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 págs. 61 a 71)

**4.2 AFP Porvenir S.A.** En respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones de esta argumentando que el traslado fue precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente. Igualmente, señaló que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por el actor al momento del traslado de régimen. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y la debida asesoría del fondo. (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 págs. 93 a 107)

**4.3 AFP Protección S.A.** En su escrito de intervención se opuso a la prosperidad de las prestaciones aduciendo que el actuar de la AFP siempre ha sido conforme a la ley y la voluntad del demandante. Refirió que no hay causal que faculte la devolución de capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, además, que no existe vicio del consentimiento en la afiliación y la misma es válida. Propuso como medios exceptivos las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y finalmente la innominada o genérica. (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 págs. 153 a 170)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 21 de junio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado del demandante del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Absolvió a Protección S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Por último, gravó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión del juez tuvo sustento en la sentencia C 345 de 2017, SL 1421 de 2019, 1688 de 2019 y el artículo 48 de la Constitución Política. Indicó que el despacho se separa de la teoría de la ineficacia y se mantiene en la postura de la nulidad, que la misma es saneable siempre y cuando se demuestre por parte de las AFP la información amplia, clara y suficiente que se le brindó al afiliado. Igualmente, aclaró que ninguno de los actos

posteriores a la afiliación inicial tiene la aptitud de convalidar la ineficacia, además. Afirmó que en el RPMPD el actor tenía 720 semanas y que no se acreditó que le hubiesen advertido las características, ventajas o desventajas del traslado del régimen. Así las cosas, concluyó que debía declarar la nulidad de tal afiliación y la AFP Porvenir debe trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos de la cuenta individual del demandante.

**6. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**6.1 Colpensiones:** Interpuso recurso de apelación señalando que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la ley 797 de 2003. Indicó que se encuentra válidamente afiliado al RAIS y dicho traslado se realizó de manera libre y voluntaria, además, que el error de derecho no vicia el consentimiento. Igualmente, sostuvo que Colpensiones no tuvo injerencia en el contrato suscrito por las partes, toda vez que el actor realizó su traslado conforme a lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Puso de presente la sentencia C 086 de 2016, en la cual refiere que la carga de la prueba debe ser asumida por quien se le han vulnerado expectativas legítimas. Finalmente, arguye que al declarar el retorno al RPMPD se estaría yendo en contravía del artículo 48 de la Constitución Política, además, que se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social.

**6.2 Porvenir S.A.:** En su alzada señaló que al promotor del litigio se le brindó una información totalmente clara y transparente. Igualmente, indicó que no es beneficiario del régimen de transición, además de que nunca hizo ningún tipo de solicitud para generar un cambio de régimen. Señalo, que el *a quo* no tuvo en consideración los artículos 1742 y 1743 que prevén el saneamiento por el paso del tiempo por ratificación ya que el actor ha permanecido al RAIS durante 22 años permitiendo dichos descuentos, los cuales son prueba suficiente para determinar su voluntad de pertenecer al RAIS. Refirió que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003.

Finalmente, manifestó que el desconocimiento de la ley no es excusa, máxime con las capacidades profesionales del demandante quien es economista y no puede indicar que 20 años después fue engañado por un asesor, además de que él mismo refirió realizar traslados horizontales. Arguye, que si bien es cierto se genera una inversión en la carga de la prueba, el artículo 167 del CGP incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que alega, sin embargo, no se logró probar ningún tipo de vicio de consentimiento para declarar la nulidad, además de que el actor no cumplió sus deberes como consumidor financiero.

## **7. Alegatos de conclusión**

**7.1. Parte demandante.** Refirió que las demandadas no lograron demostrar que se otorgó información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría al actor, pues como se evidencia el único documento que se aportó fue la copia del formulario de afiliación, quedando así, demostrado que las administradoras de fondos de pensiones demandadas faltaron al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

**7.2. Colpensiones.** Refirió que no se puede recibir al demandante ante el régimen del RPM pues se estaría afectando la estabilidad financiera del sistema, pues la declaratoria

de la nulidad que se busca es para que Colpensiones al momento de recibirla, esta se le sea reconocida y pagada una pensión de vejez que le sea financiada por las personas que, si han contribuido al régimen común y quienes han permanecido dentro del mismo, contrariando así el artículo 48 de la Constitución Política De Colombia.

**7.3. AFP Porvenir S.A.** Indicó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado? (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima; (v) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (vi) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (vii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (viii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (ix) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien el Juzgado declaró la nulidad por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a el afiliado la

acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor Jaime Parra Sánchez, se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 1 de enero de 1995, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (expediente administrativo); que suscribió formulario de afiliación con Porvenir el 30 de julio de 1998. (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 págs. 108) y posteriormente formulario de afiliación con la AFP Santander S.A. hoy Protección S.A. con fecha 12 de noviembre de 2003 (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 págs. 185). Finalmente, suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A. del 30 de junio de 2005 (Expediente digital PDF 001. 11001 31 05 005 2019 00003 00 págs. 190) donde se encuentra actualmente, según historia laboral consolidada.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Siendo claro además que el hecho de que el señor Jaime Parra Sánchez fuera profesional en economía no releva a la AFP privada de su obligación de brindarle la información exigida al momento del traslado, pues ésta se debe brindar independientemente del grado de escolaridad con que cuente, sin que por ese solo hecho se pueda dar por sentado que conozca el tema pensional, discernimiento que en efecto si tiene la entidad financiera, quien cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole

todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar a la AFP respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones 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 sólo 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, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Siendo claro conforme se ha explicado, que no era el demandante como lo pretende el apoderado de la AFP Porvenir, quien debía buscar asesoría, sino que era obligación de la AFP privada haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

### **Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante dentro del RAIS se hubiese trasladado a diferentes AFP, ni

el transcurso del tiempo, tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de Protección S.A. y Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, en el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no se hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., asimismo, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración, comisiones y demás aspecto y, por ende, habrá de adicionarse en la sentencia en este ítem.

### **Excepción de prescripción**

La acción de ineficacia del traslado 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 imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

## **DECISIÓN**

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia proferida el 21 de junio de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: ADICIONAR** a la sentencia apelada **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, rendimientos, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**CUARTO: CONDENAR** en costas en esta instancia a favor del actor y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LUIS ABDUL SAMACÁ CHAVARRIAGA  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 22-2020-00077-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SANDRA PATRICIA VARGAS BOADA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

De la misma forma, se reconoce personería para actuar a la Dra. JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de AFP Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Luis Abdul Samacá Chavarriaga instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones a recibir y afiliarse al demandante nuevamente al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático; se condene a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado del demandante; indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS el 9 de marzo de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1996, ya que a partir del 1 de octubre de 1996 asesores comerciales de la AFP Porvenir S.A. le indujeron mediante engaños y omitiendo información relevante del traslado de régimen a trasladarse de régimen. Esgrimió que le manifestaron que podría llegar a obtener una mesada pensional superior a la que podría obtener con el ISS, en un tiempo mucho menos sin interferir con el monto de la mesada pensional. Refirió que no le informaron que al realizar el traslado perdería los beneficios

que le ofrecía el RPMPD, de esta manera suscribiendo el formulario de afiliación bajo engaño y falta de información. (Expediente electrónico, PDF 2020-077, págs. 6 a 40, 93 y 94)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 2020-077, pág. 97); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Además, dijo que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante y, por tanto, las documentales se encuentran sujetas a derecho.

Esgrimió que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 y tampoco procede el traslado de conformidad con la ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, 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 genérica. (Expediente electrónico, PDF 2020-077, págs. 130 a 167).

**3.2 AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones esgrimiendo que el traslado efectuado goza de completa validez, dado que se le proporcionó al actor información clara, veraz y oportuna, pretendiendo el actor una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP. Indicó que ordenar la devolución de los rendimientos financieros obtenidos desborda los efectos de la ineficacia, ya que los rendimientos financieros son privativos del RIAS por lo que devolverlos pondría al promotor del proceso en una condición diferente a la que se encontraba. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 2020-077, págs. 101 a 128).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 6 de junio de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS. Ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y finalmente condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 33083 de 2011 y 46292 de 2014 señalando que las AFP desde su creación tienen el deber de brindar una información clara, transparente y comparada, no siendo suficiente lo vertido en el formulario y su firma en tanto que aquello solo demuestra que se firmó de manera libre y voluntaria, pero no que se le haya brindado la información de manera correcta al potencial afiliado. Señaló que ninguna de las pruebas demostró que el demandante hubiese recibido la información debida al momento del traslado.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1. Colpensiones:** Interpuso recurso de apelación manifestando que se debe tener en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, además, que no procede el traslado de régimen se conformidad con la ley 797 de 2003, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia.

**5.2. AFP Porvenir S.A.:** En su alzada adujo que cumplió con los requisitos previstos por la normatividad vigente para la época, así mismo su deber de informar de manera clara, veraz y oportuna las condiciones, ventajas, beneficios y desventajas que componían el RAIS. Indicó que durante todo el tiempo de permanencia aquel no hizo o ejecutó alguna acción que pudiese dar claridad frente a la omisión de la información brindada, de manera que la decisión del actor se hizo de forma consciente y espontánea además de encontrarse plenamente capaz.

Expuso que el promotor del litigio contaba con todos los elementos de juicio y con la capacidad de entender lo dispuesto en la normativa, aunado a que no puede predicarse debilidad negocial del afiliado o posición dominante de la administradora. Refirió que en caso de confirmarse la decisión del A quo no es viable que se ordene el traslado de los gastos de administración y primas de seguro previsional, ya que estas deducciones han sido establecidas por la normatividad, además, implicaría un detrimento patrimonial injustificado ya que estas sumas ya fueron pagadas y utilizadas.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor que el fondo privado no aportó prueba alguna que demostrara que le suministraron información completa, veraz y oportuna acerca de las diferencias, beneficios, ventajas y desventajas de uno y otro régimen, así como de las consecuencias que traería su cambio de régimen, como de manera acertada así lo interpretó el A quo.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que el demandante no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, este es, el retracto, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección. Refirió que el actor no cumplió con los presupuestos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual, modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por tanto, la afiliación al régimen de ahorro individual tiene plena validez, teniendo en cuenta que no se probó la falta del deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

**6.3. AFP Porvenir S.A.** Refirió que el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS efectuado por el actor se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad,

expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del actor? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor Luis Abdul Samacá Chavarriaga se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 9 de marzo de 1987, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por la citada entidad (Expediente electrónico, PDF 2020-077, págs. 61 a 67) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha 16 de octubre de 1996 (Expediente electrónico, PDF 2020-077, pág. 71), donde se encuentra actualmente, según historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una

decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se le debe indicar que respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones 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 sólo 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, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9

sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Excepción de prescripción**

La acción de ineficacia del traslado 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 imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral tercero de la sentencia proferida el 6 de junio de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia a favor del actor y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



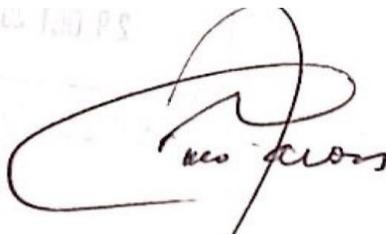
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**

Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**

Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** CARLOS RAÚL SARMIENTO FANDIÑO  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 12-2020-00183-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Carlos Raúl Sarmiento Fandiño instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuada y que por ende nunca se trasladó al RAIS por lo que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a registrar en su sistema de información que su afiliación es ineficaz; a Colpensiones a activar la afiliación; a la citada AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes y demás sumas; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que realizó aportes a pensión en el RPMPD a partir del 20 de noviembre de 1978, cotizando un total de 497.57 semanas; que la AFP Porvenir S.A. administra sus aportes, sin embargo, la entonces AFP Colpatria ni la hoy AFP Porvenir desplegaron actividad de asesoramiento responsable y transparente tendiente a brindarle información veraz. Sostuvo que le resulta más favorable la mesada pensional que obtendría en el RPMPD que en el RAIS y finalmente que el 5 de noviembre de 2019 radicó ante Colpensiones se procediera con la activación de su afiliación a Colpensiones y esta indico que no era procedente acceder a lo solicitado. (Expediente electrónico, 001.DEMANDA Y ANEXOS folio 1 a 78 fl, págs. 2 a 12)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue

notificada en debida forma (Expediente electrónico, 006.TRAMITE NOTIFICACION (FLS103A113)); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso, ya que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, 008.CONTESTACION COLPENSIONES folio (246A276))

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones esgrimiendo que la vinculación del actor fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, razón por la cual no es procedente declarar la nulidad por cuanto no existieron vicios del consentimiento. Señaló que se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797 de 2003 y que de proceder la ineficacia de acuerdo con el artículo 113, literal b de la Ley 100 de 1993 cuando haya un traslado de régimen se transferirá solo el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos de acuerdo con el SBC.

Refirió que los gastos de administración de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el RPMPD se destina un 3% para financiar gastos de administración, razón por la cual dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a prescripción. Indicó que de ordenar la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora se debe ordenar a la parte actora la restitución de los frutos financieros que le fueron consignados. En su defensa propuso como excepciones de fondo las denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, 007.CONTESTACION PORVENIR (FLS114A245))

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de julio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el actor al RAIS y, por ende, válidamente vinculado al RPMPD. Así las cosas, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo de permanencia del demandante en este. Finalmente, condenó a la AFP Porvenir S.A. en costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 48, 53 y 230 de la Constitución Política; en los artículos 13, 36, 59, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; Decreto 663 de 1993; Decreto 692 de 1994; Decreto 720 de 1994; los artículos 164 y 167 del CGP; sentencias SL 373 de 2021, 1452 de 2019, 1688 de 2019, 1689 de 2019, 12133 de 2014, 4496 de 2019 y 4360 de 2019 señalando que es necesario y obligatorio por parte de las AFP brindar una adecuada asesoría a sus potenciales afiliados, pues de ello depende la escogencia del régimen de cada uno, siendo insuficiente el formulario de afiliación para determinar que se haya cumplido con el deber de información. Agregó que al demandante no se le entregó ningún plan pensional; reglamento del RAIS, ni los modelos pensionales que regían el RAIS, un comparativo para mostrarle al afiliado las diferentes modalidades de pensión en ambos regímenes; tampoco se le ofrecieron medios suficientes para tomar la decisión.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por la **AFP Porvenir S.A.** esgrimiendo que la norma aplicada para declarar la ineficacia habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, aspecto que no quedó probado dentro del proceso. Refirió que se le dio una opcional adicional gracias a la grave crisis que estaba pasando el ISS y por esa razón, haciendo uso de la libertad de escogencia, este escogió a la AFP Colpatria S.A.

Explicó que el promotor del litigio recibió información totalmente completa, clara y comprensible a la luz de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, además, que el formulario de afiliación es un documento válido y público que se presumen auténticos. Reiteró que los gastos de administración no financian la pensión de vejez por lo que, si le es aplicable el fenómeno de la prescripción, aunado a que la SIF indica que cuando se genere nulidad o ineficacia del traslado los únicos dineros a enviar son los que reposan en la cuenta de ahorro individual sin que proceda la devolución de la prima provisional de seguros.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor que el fondo que tuvo a su cargo el traslado de régimen pensional del demandante no aportó ningún medio probatorio que sirviera de fundamento para su afirmación de haber dado un debido cumplimiento al deber de información frente al accionante durante la etapa precontractual.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP Porvenir S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

**6.3. AFP Porvenir S.A.** Refirió que que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de

inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor Carlos Raúl Sarmiento Fandiño, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 20 de noviembre de 1978, con cotizaciones hasta el 30 de junio de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (Expediente electrónico, 001.DEMANDA Y ANEXOS folio 1 a 78 fl, págs. 2 a 12); que suscribió formulario con la AFP Colpatria el 7 de junio de 1996 (Expediente electrónico, 001.DEMANDA Y ANEXOS folio 1 a 78 fl, pág. 68) y finalmente suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha de 30 de septiembre de 1997 (Expediente electrónico, 001.DEMANDA Y ANEXOS folio 1 a 78 fl, pág. 28), donde se encuentra actualmente, según historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además

de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier situación, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones 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 sólo 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, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLPATRIA S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al

potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 7 de junio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de COLPATRIA S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

De tal manera, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

## Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado 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 imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

## Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral 3 de la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Juzgado Doce laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor por el citado fondo, así como por la **AFP COLPATRIA S.A.**, con cargo a su propio patrimonio, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia confutada, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

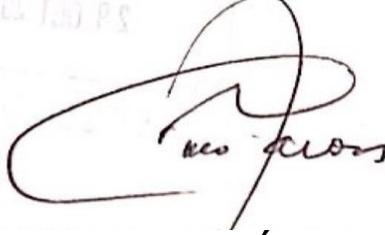
**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP PORVENIR S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

MIL 130 P S



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de AFP PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MARTHA ROCÍO OLMOS TOBAR  
**Demandada:** COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.  
**Radicado No.:** 17-2019-00624-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

De la misma forma, se reconoce personería para actuar al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificada en legal forma, como apoderado sustituto de AFP Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Martha Roció Olmos Tobar instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. con el propósito de que se declare la nulidad del traslado con Colfondos S.A toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna. En consecuencia, se condene la nulidad del traslado efectuado con Porvenir S.A.; se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga entre sus afiliados a la demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado; que en virtud del regreso automático se traslade la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional, lo que hubiese obtenido, al igual que la actualización de la historia laboral; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se trasladó del RPMPD al fondo privado Colfondos S.A. el 14 de noviembre de 1995, sin que el asesor le haya brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RPMPD y el RAIS; tampoco se hizo un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen. Agregó que se trasladó de la AFP Colfondos a AFP Porvenir S.A.

el 26 de mayo de 1997, quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto al cambio de régimen pensional. (Expediente electrónico, 2019-624 OK ACTA- CON FALLO- CON RECURSO, pág. 138)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, 2019-624 OK ACTA- CON FALLO- CON RECURSO, págs. 4 a 11); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, ya que se no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada. Informó que el traslado de régimen pensional se realizó con plena voluntad de la cotizante, cumpliéndose con los requisitos establecidos en la sentencia C 1024 de 2004, por tanto, no es posible que se dé el traslado de régimen de la demandante por estar inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica. (Expediente electrónico, 2019-624 OK ACTA- CON FALLO- CON RECURSO, págs. 148 a 165)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones esgrimiendo que le compete a la demandante acreditar los supuestos en lo que funda sus pretensiones, no logrando evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, además, por cuanto al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre y espontánea y, brindó información suficiente y necesaria. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Expediente electrónico, 2019-624 OK ACTA- CON FALLO- CON RECURSO, págs. 227 a 245)

**3.3. Colfondos S.A.** Contestó la demanda sin oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se encuentra involucrado señalando que no se opone al traslado al RPMPD y se procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual con los respectivos rendimientos siempre y cuando no implique algún tipo de responsabilidad y se absuelva de cualquier pretensión accesoria como la condena en costas. Indicó que solo cuenta con los aportes a pensión obligatoria y sus respectivos rendimientos ya que no existen valores adicionales por concepto de bonos pensionales.

Esgrimió que no es procedente la devolución de los aportes y rendimientos si no hay una administradora que los reciba, por lo que hasta que Colpensiones no apruebe el traslado esta no puede hacer efectiva la devolución; que las costas dependen de la prosperidad de las pretensiones y siempre ha actuado con buena fe. En su defensa propuso las excepciones que denominó buena fe, innominada, compensación y pago. (Expediente electrónico, 2019-624 OK ACTA- CON FALLO- CON RECURSO, págs. 307 a 313)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 29 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos S.A.

y por ende se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones, entidad que tiene obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad.

Así las cosas, ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dinero que hubiesen efectuado otras administradoras de fondos de pensiones, rendimientos e intereses, sin autorizar a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deben ser asumidos de su propio patrimonio.

Condenó a Colfondos S.A. a devolver los gastos o comisiones de administración que en su momento fueron descontados; ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. y convalidarlos en la historia laboral de la demandante. Finalmente, gravó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en la Ley 100 de 1993; Decreto 663 de 1993; Ley 1328 y la sentencia SL 3349 argumentando que la información en el formulario es de carácter general correspondiente a la información persona de la demandante y por tanto no se puede establecer que el asesor o representante de Colfondos haya cumplido con brindar una información clara y suficiente, debiendo procurar por establecer las condiciones particulares para determinar la conveniencia o no del traslado de régimen pensional. Aludió a que la AFP no cumplió en estricto sentido con brindar la información para obtener el consentimiento informado, dado que la simple firma en el formulario es insuficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información. Agregó que se confirma que no se le brindó la información suficiente puesto que Colfondos no presentó oposición a la declaratoria de ineficacia del traslado.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1. Colpensiones.** Interpuso recurso de apelación señalando que se desconoció que el deber de información ha tenido varias etapas y por ende este deber debe ser analizado bajo la normatividad para dicha data. Refirió que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, razón por la cual, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política debe ajustarse a las normas preexistentes al acto que se juzga. Reiteró que la actora se encuentra dentro de la prohibición que establece la norma y que el traslado fue de manera libre y voluntaria, ya que al permanecer en el RAIS esta decisión se convalidó y se ratificó.

**5.2. AFP Porvenir S.A.** En su alzada arguyó que la vinculación de la actora fue válida y eficaz y que el deber de información para 1995 estaba en su primera fase donde este no era tan exigente y este estaba dirigido a impedir la coacción de la libre escogencia del régimen pensional. Refirió que las comparaciones o la cuantificación de la pensión en proyecciones pensional nacen posteriormente y que el formulario es prueba suficiente del cumplimiento de las exigencias para dicho momento.

Frente a los gastos de administración y sumas adicionales aduce que al dejar sin efectos el acto jurídico de traslado no tendría derecho a retornar con los rendimientos que se generaron realizados por las gestiones de este fondo; que se desconoce la igualdad y los efectos de la declaratoria; que al realizar deducciones por gastos o sumas adicionales lo hizo amparado por la ley y en cumplimiento de presupuestos legales por

lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia y en caso de confirmarse se absuelva de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 14 de noviembre de 1995 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca me hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y las AFP Colfondos y Porvenir S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

**6.3. AFP Porvenir S.A.** Refirió que el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS efectuado por el actor se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de la entidad en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

## **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora Martha Rocío Olmos Tobar , se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 31 de julio de 1984, con cotizaciones hasta el 8 de abril de 1985, conforme aparece en la historia laboral expedida por dicha entidad (Expediente electrónico, 2019-624 OK ACTA- CON FALLO- CON RECURSO, págs. 42 a 45); **que suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A. el 14 de noviembre de 1995** (Expediente electrónico, 2019-624 OK ACTA- CON FALLO- CON RECURSO, pág. 398) **y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir con fecha 26 de mayo de 1997** (Expediente electrónico, 2019-624 OK ACTA- CON FALLO- CON RECURSO, pág. 274), donde se encuentra actualmente, según historia laboral de cotizaciones.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 8 de abril de 1985, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., que tuvo ocurrencia el 14 de noviembre de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues sólo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requerirán vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están*", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con

prestación definida a través del ISS desde el 31 de julio de 1984, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"*(Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS**, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación**. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado**.* (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 01 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 31 de julio de 1984, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 14 de noviembre de 1995 a COLFONDOS S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia**.*  
(...)

***En ese sentido, por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida”.***

De esta manera se reitera que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 estuvieren afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP COLFONDOS S.A. y AFP PORVENIR S.A. pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Martha Rocío Olmos Tobar acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "*(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

**Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 2 de abril de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a**

**sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

De tal manera, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas

descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a las AFPs a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Excepción de prescripción**

La acción de ineficacia del traslado 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 imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia a favor del actor y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

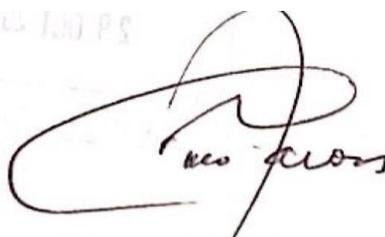
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



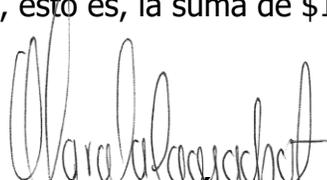
**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*(salva voto)*

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** SONIA ESTHER MUÑOZ HERRERA  
**Demandada:** MULTIGRÁFICOS LTDA Y OTRAS  
**Radicado No.:** 22-2021-00167-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDANTE – CONFIRMA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Sonia Esther Muñoz Herrera instauró demanda ordinaria contra Multigráficos Ltda, Interactúa Servicios Administrativos SAS y Bedoya de Brigard Inversiones LTDA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral, la cual fue terminada sin justa causa y que las demandadas son solidariamente responsables de las acreencias laborales emanadas de dicho nexo contractual. En consecuencia, solicita que se disponga a su favor el pago de indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y sanción por la no consignación de cesantías. En subsidio de las anteriores pretensiones de orden condenatorio pide que se condene a las demandadas "*al mismo cargo que venía desempeñando al momento de su despido o a uno de mejores condiciones*", al pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema integral de seguridad social dejados de percibir, desde la fecha en que fue despedida y hasta que sea efectivamente reintegrada. En todo caso peticiona lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió contrato individual de trabajo por el término de duración de realización de la obra, labor o servicio con la empresa Interactúa Servicios Administrativos SAS el 24 de noviembre de 2014, para desempeñar el cargo de auxiliar en la empresa usuaria Multigráficos Ltda, mismo que terminó el 10 de octubre de 2015. Adujo que el 16 de noviembre de 2015 fue nuevamente contratada por la citada empresa a través de la modalidad contractual señalada, para desempeñar el mismo cargo en Multigráficos Ltda. Así, dijo que dicho vínculo contractual se mantuvo hasta el año 2016, siendo contratada nuevamente dada la celebración de un vínculo laboral el 16 de noviembre de 2016.

Refirió que el 16 de noviembre de 2017 celebró contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de directora administrativa, no obstante, sus labores se

restringieron a las de auxiliar de mensajería, llevando a cabo tareas que su jefe inmediato le imponía. Indicó que el 22 de diciembre de 2019 presentó carta de renuncia motivada, dada la presión ejercida por la empresa usuaria en cabeza de su jefe directo. Expuso que nuevamente el 13 de enero de 2020 fue contratada laboralmente por Interactúa Servicios Administrativos SAS, por el término que dure la realización de la obra o labor contratada, de lo que colige falsedad de la renuncia presentada y presión para que se terminara la relación laboral, con el objeto de obtener el cambio en la modalidad contractual.

Sostuvo que la citada relación laboral terminó el 8 de mayo de 2020 de manera unilateral y sin justificación alguna. Aludió a que la empresa usuaria es responsable conforme a lo estipulado en el artículo 34 del CST y pese a que hubo múltiples contratos de trabajo, existió una sola relación laboral. (Expediente digital, carpeta MEMORIALES, archivo RV\_ Subsanación demanda. 2021-167).

## 2. Contestación de la demanda

**2.1. Interactúa Servicios Administrativos SAS y Multigráficos Ltda.** Las demandadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que no son solidariamente responsables por ninguna acreencia laboral ya que Interactúa Servicios Administrativos SAS pagó a la actora todas y cada una de las sumas correspondientes al contrato a término indefinido celebrado el 2017, mismo que terminó de manera voluntaria y unilateral el 22 de diciembre de 2019, por renuncia de la empleada. Así mismo, señalaron que a la gestora del litigio se le cancelaron todas las sumas correspondientes al contrato por obra o labor celebrado el 13 de enero de 2020 y finalizado el 15 de abril de 2020 al término de la labor contratada.

Frente a los supuestos fácticos sostuvieron que Interactúa Servicios Administrativos SAS celebró con la actora los siguientes contratos de trabajo:

CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO
OBRA O LABOR	24/11/2014 AL 15/11/2015	MENSAJERA
OBRA O LABOR	16/11/2015 AL 15/11/2016	AUXILIAR
OBRA O LABOR	16/11/2016 AL 15/11/2017	MENSAJERO COBRADOR
INDEFINIDO	16/11/2017 AL 22/11/2019	MENSAJERA
OBRA O LABOR	13/01/2020 AL 15/04/2020	AUXILIAR

Adujeron que la relación laboral bajo la modalidad a término indefinido era en beneficio de la empresa usuaria Multigraficos, la cual fue terminada ante la renuncia que la actora presentó, misma que fue libre y espontánea, sin que mediara presión. Indicaron que posteriormente y a instancia de la misma sociedad citada, Interactúa Servicios Administrativos SAS vinculó a la trabajadora mediante un contrato de trabajo de obra o labor contratada, que finalizó el 15 de abril del 2020 por terminación de la obra, dado que la empresa usuaria entró en proceso de liquidación con motivo de la pandemia por lo que dio por terminados todos los contratos de trabajo al cesar sus operaciones.

En su defensa propusieron las excepciones de pago, inexistencia del contrato realidad, inexistencia de terminación injusta del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación de indemnización por el no pago de las cesantías, inexistencia de la obligación de indemnización por falta de pago y prescripción. (Expediente digital, carpeta MEMORIALES, archivo CONTESTACION DEMANDA INTERACTÚA y 11001310502220210016700).

**2.2. Bedoya de Brigard Inversiones LTDA.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que no existió contrato o relación laboral alguna con la demandante. Frente a los supuestos fácticos hizo saber

que no le constaba ninguno y propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del contrato realidad y prescripción. (Expediente digital, carpeta MEMORIALES, archivo CONTESTACION BEDOYA DE BRIGARD INVERSIONES SAS).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 16 de noviembre del 2021, en la que la falladora declaró que entre Multigráficos LTDA y la actora existieron dos contratos a término indefinido; el primero del 24 de noviembre de 2014 al 22 de diciembre de 2019 y el segundo entre 13 de enero al 15 de abril de 2020, dentro de los cuales Interactua Servicios Administrativos S.A.S. fungió como simple intermediaria. Así, condenó a la primera de las sociedades citadas al pago del auxilio de cesantía y sus intereses, primas, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa y aportes al subsistema de seguridad social en pensión. Mientras que a la segunda de las enjuiciadas a la solidaridad en el pago de los citados emolumentos e indemnizaciones de las cuales fue objeto de condena la primera de estas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuestos, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda. Con tal propósito, tras hacer alusión a los artículos 71, 73, 77 de la Ley 50 de 1990, al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, así como a los medios de convicción allegados al plenario, sostuvo que la vinculación de la demandante no tuvo como origen las causas señaladas en el artículo 77 de la citada disposición, dado que los contratos de trabajo no ilustran el cargo ejercido por la actora y si este fue ocasional o transitorio.

Bajo ese norte, indicó que aquella fue contratada de forma permanente por cuatro años ininterrumpidos hasta el año 2019. Así las cosas, refirió que hubo un uso indebido del servicio temporal y se desbordó los límites establecidos en la Ley 50 de 1990, debiéndose por tanto declarar que su verdadero empleador fue Multigráficos LTDA y que la empresa de servicio temporal actuó como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de la trabajadora.

Así las cosas, emprendió el estudio de las pretensiones de orden condenatorio y sobre este aspecto esgrimió que frente a las prestaciones sociales y vacaciones se demostró su pago parcial y, por tanto, se adeudaba de la siguiente forma, teniendo en cuenta para el efecto la excepción de prescripción propuesta:

<b>CONTRATO DE TRABAJO VIGENTE 24 DE NOVIEMBRE DE 2014 AL 22 DE DICIEMBRE DE 2019</b>				
<b>ACREENCIA LABORAL</b>	<b>PRESCRIPCIÓN</b>	<b>VALOR</b>	<b>PAGO EFECTUADO POR EL EMPLEADOR</b>	<b>SALDO INSOLUTO</b>
CESANTÍA	NO	\$ 4.158.825	\$ 3.011.060	\$ 1.147.765
INTERESES A LAS CESANTÍAS	31/12/2016	\$ 310.792	\$ 177.793	\$ 132.999
PRIMA DE SERVICIOS	1/07/2017	\$ 2.192.181	\$ 326.833	\$ 1.865.348
VACACIONES	1/01/2016	\$ 1.512.515	\$ 1.019.701	\$ 492.814
<b>CONTRATO DE TRABAJO VIGENTE 13 DE ENERO AL 15 DE ABRIL DE 2020</b>				
<b>ACREENCIA LABORAL</b>	<b>PRESCRIPCIÓN</b>	<b>VALOR</b>	<b>PAGO EFECTUADO POR EL EMPLEADOR</b>	<b>SALDO INSOLUTO</b>
CESANTÍA	NO	\$ 253.336	\$ 228.861	\$ 24.475
INTERESES A LAS CESANTÍAS	NO	\$ 7.853	\$ 6.180	\$ 1.673
PRIMA DE SERVICIOS	NO	\$ 253.336	\$ 233.589	\$ 19.747
VACACIONES	NO	\$ 113.383	\$ 97.429	\$ 15.954

En lo atinente a los aportes pensionales indicó que una vez declarada la relación laboral y no habiéndose demostrado el pago efectivo de estos, siendo una obligación del empleador, según lo previsto en la Ley 100 de 1993, debía condenar a Multigráficos LTDA a su pago. (Expediente digital, carpeta VIDEOS Y ACTAS, enlace 16 de noviembre).

#### **4. Impugnación y límites del ad quem.**

**4.1. Interactúa Servicios Administrativos SAS y Multigráficos Ltda.** Inconforme con la anterior decisión formularon recurso de apelación indicando que soportó debidamente los pagos de la liquidación de los diferentes contratos de trabajo suscritos con la demandante, conforme a los comprobantes que se anexaron en la contestación de demanda, mismos que dan cuenta que canceló vacaciones, primas legales, auxilio de cesantía y sus intereses y, aportes pensionales a favor de aquella. (Expediente digital, carpeta VIDEOS Y ACTAS, enlace 16 de noviembre).

#### **5. Alegatos de conclusión.**

**5.1. Parte demandante.** Alegó en su favor que quedó totalmente demostrado la existencia de la solidaridad por las acreencias laborales en cabeza las empresas vencidas y a favor de la actora, en los términos de la Ley 50 de 1990. Refirió que no es posible llegar a determinar como así lo quiso achacar la parte accionada, que sólo a una empresa de las dos le corresponde el pago de las acreencias en seguridad social que acertadamente el a quo reconoció a su favor; si en gracia de discusión se permitiera, resultaría ilógico desde el punto de vista jurídico que, de existir solidaridad, solo se haga responsable a una de las codemandadas.

**5.2. Interactúa Servicios Administrativos SAS y Multigráficos Ltda.** Refirieron que durante la vigencia de la relación laboral suscrita con la actora e Interactúa Servicios Administrativos SAS se le pagaron salarios y prestaciones que por ley le corresponde, siendo afiliada al sistema de seguridad social integral; vínculo laboral que terminó el 22 de diciembre de 2019 por renuncia libre y voluntaria presentada por la trabajadora, razón por la cual, a partir de dicha data no existió nexo contractual.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por Interactúa Servicios Administrativos SAS y Multigráficos Ltda se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Se equivocó la juez de primer grado al tener por no probado el pago de las acreencias laborales condenadas, pese a la existencia de documentales que evidencian que no le quedó adeudando suma alguna a la actora?

#### **Contrato de trabajo, sus extremos, cargo y salario**

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a que Multigráficos Ltda es la verdadera empleadora de la aquí demandante y que Interactúa Servicios Administrativos SAS actuó como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de la trabajadora. En tal virtud, tampoco es objeto de controversia la existencia de dos contratos de trabajo vigentes entre el 24 de noviembre de 2014 al 22 de diciembre de 2019 y del 13 de enero al 15 de abril de 2020, su modalidad y salario devengado; ni que operó de forma parcial la excepción de prescripción propuesta por la demandada sobre las prestaciones sociales y vacaciones derivadas de la relación laboral y que si bien en libelo demandatorio no fueron solicitadas tales emolumentos, si fueron objeto de pronunciamiento y condena. Puntos sobre los cuales, se reitera, no hubo reparo alguno.

## Pago de acreencias laborales

Ello significa que, lo que se cuestiona en rigor es el pago de prestaciones sociales, compensación de las vacaciones y aportes pensionales, pues considera las apelantes que de haberse apreciado en debida forma los documentos allegados por las demandadas y que daban cuenta de la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, el A quo habría podido colegir que las enjuiciadas no le quedaron adeudando suma alguna por dicho concepto.

Ahora, debe recordar que la juzgadora de primer grado dedujo que se hallaba pendiente el pago de algunas obligaciones causadas en vigencia de la relación laboral, pues si bien evidencia un pago de estas dada la vinculación laboral de la actora con la enjuiciada Interactúa Servicios Administrativos SAS, no obstante, existía un saldo insoluto que debían asumir.

Siendo así, en carpeta "*memoriales*" reposa en el archivo titulado "*CONTESTACION DEMANDA INTERACTUA*" los siguientes documentos:

- Aparece documento en el que se evidencia la liquidación definitiva de contrato de trabajo vigente entre 1 de enero al 15 de abril de 2020, detallando que, por concepto de cesantía e intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones, la actora devengaba \$580.323, sin embargo, le fue deducido \$97.429 por "Vacac. Compens.", para un total de \$482.894 como valor a pagar. Allí no aparece que tal documento hubiera sido suscrito por la trabajadora o el empleador. (LIQ 13012020\_15042020)
- Obra documento titulado "*LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE CONTRATO DE TRABAJO*", mismo en el que se detalla que por concepto de prestaciones sociales y vacaciones del contrato de trabajo comprendido entre el 16 de noviembre de 2016 al 15 de noviembre de 2017, devengó la suma de \$1.483.710. En tal documental no aparece que haya sido suscrito por las partes. (LIQ 15112016\_15112017)
- Reposo "*LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE CONTRATO DE TRABAJO*" en el que se aduce que la promotora del litigio devengaba la suma de \$1.358.062, por concepto de prestaciones sociales y vacaciones derivadas del contrato de trabajo con vigencia entre 16 de noviembre de 2015 al 15 de noviembre de 2016. Allí no aparece que tal documento hubiera sido suscrito por las partes. (LIQ 16112015\_15112016)
- Se allegó documento titulado "*LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE CONTRATO DE TRABAJO*" con vigencia entre el 16 de noviembre de 2017 al 22 de diciembre de 2019, en el cual se aduce que la actora recibió por concepto de vacaciones compensadas la suma de \$334.359; \$106.799 por cesantía; \$106.799. Allí, se señala que le fue deducido por concepto de prima legal el valor de \$36.105, además, se evidencia la suscripción del documento por la demandante. (LIQ 16112017\_22122019)
- Finalmente, obra "*LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE CONTRATO DE TRABAJO*" del contrato de trabajo con vigencia entre el 24 de noviembre de 2014 al 15 de noviembre de 2015, mismo en el que se dice que la trabajadora devengaba un total de \$1.354.709 por concepto de prestaciones sociales y vacaciones. Allí no aparece que tal documento hubiera sido suscrito por la trabajadora.

En los citados documentos se dejó mencionado "*que con el pago de la citada suma de dinero que hace referencia la presente liquidación, queda transada cualquier diferencia relativa al*

*contrato de trabajo que ha quedado terminado"*, declarando a paz y salvo por los conceptos expresados a la enjuiciada Interactúa Servicios Administrativos SAS.

En ese sentido, en criterio de esta Sala, aun cuando adujo la demandada la existencia de prueba sobre el pago de prestaciones sociales y vacaciones, es evidente que no arrimó medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, pues no existe prueba alguna con la que se demuestre que la actora recibió el monto en que se aduce en las liquidaciones, de ahí que no sean de recibo por parte de este colegiado los argumentos de la censura, cuando estima que los documentos prueban su pago, ya que los mismos sólo evidencian únicamente el valor adeudado por concepto de las citadas prestaciones.

En ese hilo conductor y habiendo señalado la demandante que no recibió el pago de las citadas acreencias laborales, le significaba entonces a su empleador probar lo contrario, es decir, presentar medio de convicción que permitiera colegir que realmente realizó su desembolso, no siendo suficiente con allegar los documentos titulados "*LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE CONTRATO DE TRABAJO*", dado que solo evidencian el concepto adeudado. Además, porque dicha exigencia solamente les compete a las sociedades enjuiciadas, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le corresponden, en procura de enervar las obligaciones que se le atribuyen.

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1638 del 5 de mayo del 2021, precisó al respecto:

*"Tampoco se aleja de la razón el argumento del Tribunal según el cual, por haber negado el actor haber recibido el monto de dicha liquidación, correspondía a la demandada allegar prueba como comprobante de pago o registro contable como era su obligación, para demostrar efectivamente el cumplimiento del deber de cubrir la liquidación final de prestaciones sociales, pues es claro que si en verdad el dinero a que alude el documento se hubiera entregado efectivamente al actor, era incuestionable que la empresa tuviera registro de tal egreso en su archivos y obviamente el comprobante contable de lo pagado, pero ello no fue así pues ninguna constancia aparece en el proceso. (...)*

*De conformidad con lo que se acaba de indicar, de tiempo atrás la jurisprudencia ha sostenido que el hecho de que el trabajador firme paz y salvos a su empleador no traduce, necesariamente, que las obligaciones a cargo de éste hubieren sido efectivamente solucionadas, por la potísima razón de que, fuera de que la situación de subordinación del trabajador respecto de su empleador permite predicar una natural sujeción reverencial a lo dispuesto por éste, entre ellos la suscripción de este tipo de documentos, lo cierto es que siendo el pago efectivo la prestación de lo que se debe (artículo 1626 Código Civil), y en términos probatorios una afirmación definida que requiere ser probada."*

De cara al referente jurisprudencial, las citadas probanzas no tienen el alcance probatorio argüido por la censura, consistente en la solución de prestaciones sociales y compensación de vacaciones. Ahora, pese a lo anterior considera la Sala que debe mantenerse incólume la sentencia de primer grado si se tiene en cuenta que tales documentales sirvieron para que la A quo escatimará un pago parcial frente a las prestaciones sociales y vacaciones, como se dejó anotado en los antecedentes de esta sentencia, punto sobre el cual la demandante no tuvo reparo alguno.

Así las cosas, como quiera que no se arrimó ningún medio de prueba más que las documentales atrás expuestas, las demandadas deberán correr con las consecuencias de su inactividad probatoria, esto es, la ratificación sobre la decisión que tomó el A quo. Igual suerte correrá la condena en lo atinente a los aportes al subsistema de seguridad social

en pensiones, pues sobre el pago de tal aspecto, tampoco se adosó medio de convicción tendiente a demostrar su solución.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Interactúa Servicios Administrativos SAS y Multigráficos Ltda y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

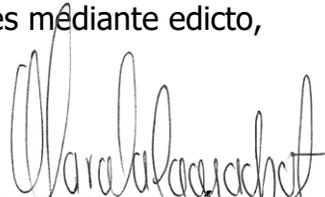
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de noviembre del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas Interactúa Servicios Administrativos SAS y Multigráficos Ltda Las de primera, se confirman.

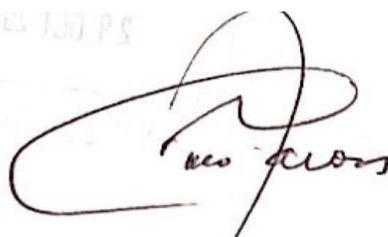
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

## **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Interactúa Servicios Administrativos SAS y Multigráficos Ltda en la suma de \$500.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LINDSAY VIVIANA SÁNCHEZ ARANZALEZ  
**Demandada:** INDEPENDENCE DRILLING S.A.  
**Radicación:** 37-2020-00171-01-02  
**Tema:** MEDIDA CAUTELAR- ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-  
APELACIÓN DEMANDADA- CONFIRMA

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

**AUTO Y SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Lindsay Viviana Sánchez Aranzalez, instauró demanda ordinaria contra Independence Drilling S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del proceso disciplinario adelantado en su contra, debido a la omisión integral de los artículos 111 del CST y 26 de la Ley 361 de 1997, en consecuencia, se ordene el reintegro al cargo que venía ocupando, pago de salarios insolutos, indemnización por perjuicios morales, indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 8 de abril de 2021 (SIC) se vinculó a la sociedad accionada mediante un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de coordinadora H.S.E.Q., siendo trasladada el 14 de febrero de 2020 hacía la ciudad de Barrancabermeja – Santander. Indicó que el 18 de marzo del 2020 fue notificada de forma personal respecto de la apertura de un proceso disciplinario laboral en su contra, debido a la omisión de cumplimiento en el traslado a su nuevo puesto de trabajo.

Sostuvo que el 19 de marzo de 2020 fue practicada audiencia de descargos y el 13 de abril del mismo año fue notificada de la decisión adoptada, esto es, sobre la terminación de la relación laboral; frente a lo cual interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto de forma negativa. Aludió a que padece de enfermedades diagnosticadas como fobias especificadas aisladas (f402), trastorno de pánico (f410) y trastorno de estrés post traumático, razón por la cual y luego de haber interpuesto acción de tutela, el Juzgado 14 Penal con Función de Conocimiento de Bogotá, la reintegró en atención a su fuero de salud. (Expediente digital, PDF 01.DemandayAnexos, págs. 3 a 19).

**2. Contestación de demanda.** En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada argumentando que dio cumplimiento a lo dispuesto en la Ley y reglamento interno de trabajo, respecto del proceso disciplinario adelantado en contra de la promotora del proceso, por lo que pretender declarar la nulidad de éste

carece de fundamento fáctico y legal. Indicó que no hay lugar a declarar fuero de salud, ya que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una justa causa plenamente comprobada e imputable a la actora.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º, 4º y 11.1º y frente a los demás señaló no ser ciertos. En su defensa, argumentó que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo bajo la modalidad de indefinido, para personal de dirección, confianza y manejo, desempeñando el cargo de jefe HSEQ, el cual terminó por justa causa plenamente comprobada el 13 de abril de 2020. Narró que la actora incumplió con la orden emitida y dada por la empresa, consistente en que debía estar presente en su nueva sede de trabajo en la ciudad de Barrancabermeja. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 14.SubsanaciónContestaciónDemanda, págs. 2 a 23).

**3. Solicitud de medidas cautelares.** Mediante memorial radicado el 1 de marzo del 2021, el apoderado judicial de la demandante solicitó medida cautelar innominada consistente en que se ordene a la demandada el reintegro de la actora a su lugar de trabajo, en el cargo que ocupaba y conforme a las condiciones salariales al momento del despido y sus condiciones de su salud. Peticiona, además, que la demandada cancele los aportes al sistema de seguridad social integral. Señaló la peticionaria como fundamento de su solicitud que, se encuentra bajo fuero de salud y se encuentra retirada de su puesto de trabajo, razón por la cual y de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, da lugar a que se decrete la medida cautelar peticionada. (Expediente digital, PDF 15.SolicitudMedidaCautelar).

**4. Auto apelado.** En audiencia especial de que trata artículo 85 A del CPT y SS, celebrada el 14 de septiembre del 2021, el Juzgado se dispuso a negar la medida cautelar peticionada en tanto consideró que la parte actora no indicó la configuración de los presupuestos fácticos que den lugar al instrumento de cautela rogado, pues no advirtió circunstancias o actos que demuestren que la empresa enjuiciada pretende insolventarse, a impedir la efectividad o que se presenten graves y serias dificultades, para el cumplimiento de la sentencia. Contrario a lo que dicho por la demandante verificó que la solicitud de reintegro fue cumplida por la accionada, por manera que no existieron actos que lleven a concluir actuaciones tendientes a insolventarse para evitar la prosperidad de las pretensiones que eventualmente puedan ser reconocidas dentro de las diligencias. (Expediente digital, carpeta 30.GrabaciónAudiencia, audio 2020-171 (1))

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la decisión, el apoderado de la actora formuló recurso de apelación señalando que de conformidad con las sentencias C-816 y SU-018-20196 de la Corte Constitucional, los precedentes de las altas cortes constituyen un factor vinculante, tanto en sede judicial como en sede administrativa, además, indicó que el precedente de la citada corporación prevalece sobre el de las demás cortes.

En tal contexto, citó la sentencia C-043-21 y bajo dicho referente jurisprudencial manifestó que el A quo omite el sentido de la providencia en mención ya que *“pese a que la norma de forma taxativa señala que en materia laboral la única medida cautelar procedente es de la caución, precisamente tendiente a garantizar el cumplimiento de la sentencia, en el evento que está fuera positiva a las pretensiones de la parte demandante, omite establecer que esta declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma ahora relacionada, permita a su señoría, no solamente aplicar esa norma, sino, adicionalmente aplicar las medidas cautelares del literal C del artículo 590 del CGP, tendientes precisamente a garantizar la protección del derecho objeto de litigio (...).”* Agregó que el A quo desconoció el precedente jurisprudencial y la razonabilidad de las medidas cautelares que se esgrimió en la petición, de cara a la prueba

sobreviniente allegada, es decir, el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la actora.

(Expediente digital, carpeta 30.GrabaciónAudiencia, audio 2020-171 (1))

**6. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 15 de septiembre del 2021, en la que el fallador declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido en el periodo comprendido entre el 8 de abril de 2011 al 13 de abril de 2020 y la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por ser la actora beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así las cosas, condenó al empleador a reintegrar a la demandante al cargo ocupado, o a uno de mejor categoría, junto con el reconocimiento de auxilio de cesantía e intereses sobre las mismas, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso de apelación el sentenciador de primer grado se propuso verificar, entre otras cosas, si los efectos que se pueden derivar del desistimiento presentado por la actora ante el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá irradian en las pretensiones de este proceso e impide asumir el estudio de fondo de estas dado a los efectos de cosa juzgada. De no ser así, aludió a que debía dilucidar si para el momento de finalización del trabajo se encontraba la actora amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Con tal propósito, afirmó que está debidamente acreditado que las partes suscribieron un contrato laboral a término indefinido el cual tuvo como fecha de inicio el 8 de abril del año 2011 y finalizó el 13 de abril del 2020, periodo en el cual la actora ejerció el cargo de jefe HSEQ. Así mismo, que una primera oportunidad la relación laboral finiquitó el 16 de marzo del año 2015, sin embargo, dada a la orden de tutela proferida por el Juzgado 14 Penal Municipal de Bogotá, se dispuso su reintegro de manera transitoria, razón por la cual fue instaurado proceso ordinario laboral ante el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Así, dijo que en armonía a la orden de reintegro por acción de tutela se exigía a la actora acudir al juez natural, para que este se pronunciará sobre los efectos definitivos de tal disposición. De esta manera señaló que la parte demandante presentó demanda ante el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, sin embargo, desistió de la misma, actuación aceptada por dicha autoridad judicial, aspecto que producía los mismos efectos de una sentencia absolutoria.

No obstante, adujo que la empresa demandada en forma previa a dicha decisión judicial ya había suspendido los efectos de la sentencia de tutela, pues antes de que se admitiera la solicitud de desistimiento despidió a la demandante, con una antelación de más de un año al acto jurídico respecto del cual pretende que se declare sus efectos procesales. Advirtió que con su decisión hizo cesar los efectos transitorios de la orden constitucional desde el momento del despido, hecho que no se puso en conocimiento del Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, por lo que la consecuencia del desistimiento no afecta a este proceso.

Sentado lo anterior, entró a dilucidar lo referente a la estabilidad laboral reforzada pregonada e hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional y, a las pruebas allegadas al plenario, para significar que dada las patologías sufridas la actora disminuyó sus funciones, entendidas desde el grado de afectación que representan en su cuerpo y sobre todo en su salud mental. Adiciona, que aquella ostentó distintas patologías a lo largo de la relación laboral que le permiten verificar que está en tratamiento constante con psiquiatría y psicología desde el año 2011

hasta el año 2020, con medicación para controlar las ansiedades, fobias y traumatismos. Evidenció que no existe una recuperación satisfactoria de dichas patologías al punto que le fue determinado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Agregó que las patologías afectan el desarrollo normal de las funciones que ejercía en la empresa demandada, pues tal como lo señaló la actora, hubo un cambio drástico en las labores que realizaba, hecho que concuerda con la información reflejada en su historia clínica, en especial en los reportes de abril de 2018 y 11 de julio de 2019. Coligió que la actora es sujeto de especial protección constitucional a la luz de lo dispuesto por la Corte Constitucional y, por ende, al amparo del fuero de estabilidad laboral reforzada.

Acotó, que la empresa tenía conocimiento de dichas patologías, además, que si bien la enjuiciada cuenta con la facultad para modificar literalmente aspectos del contrato de trabajo como es el traslado, ello en virtud de la facultad *ius variandi*, razón por la cual la sociedad invoca como causal objetiva el incumplimiento a esa orden, lo cierto es que la justeza no se configura en los términos expuestos por la empresa. En efecto, se alegó el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin embargo, la misma empleadora era conocedora del estado de salud de la demandante, situación además que fue advertida por ella antes de la terminación del vínculo de trabajo, sumado al hecho de la disminución de las funciones progresivas que fueron dadas por su enfermedad.

Concluyó que la conducta de la actora no fue caprichosa o inclinadas a incumplir con sus obligaciones contraídas, dado a su estado de salud, además, que la demandada no acreditó imposibilidad de trasladar a otra persona que no contará con las capacidades o experiencia de la demandante, por manera que, al no demostrarse justa causa en el despido, tampoco se desvirtuó la presunción legal que operó en el proceso, debiendo por tanto declarar ineficaz la finalización del vínculo laboral. (Expediente digital, carpeta 30.Grabación Audiencia, audio AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2020-171-20210915\_160925-Grabación de la reunión)

**7. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión la sociedad **demandada** formuló recurso de apelación indicando que los efectos del desistimiento en el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá surtieron efectos frente a este proceso, dado que la terminación del contrato de trabajo fue en el año 2015, presentando la actora una acción de tutela que ordena su reintegro transitorio a la sociedad enjuiciada. Sostuvo que en vigencia de la citada relación le fue finalizado el vínculo laboral, razón por la cual la promotora del litigio presentó demanda que hoy atañe el estudio donde pide nuevamente que se le declare la estabilidad laboral reforzada, además, que el finiquito del nexo contractual no está ajustado a derecho.

Advirtió que el A quo decidió estudiar la posibilidad de acumulación de procesos, dado que en su entender el uno podía ser consecuencia del otro, lo cual, era lógico en tanto que siempre se dependía de esa declaratoria de estabilidad laboral reforzada de la demandante. Apuntó a que, si el proceso hubiera continuado en el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, todos sus actos y efectos afectan en este proceso, por lo que el desistimiento también lo hacía.

De otro lado y en lo que hace a la estabilidad laboral reforzada señaló que no existe ninguna prueba que al mes de marzo del 2020 la demandante tuviera recomendaciones laborales médicas vigentes y, por el contrario, todo el recuento probatorio data del año 2015. Refirió que a la actora fue trasladada a la ciudad de Barrancabermeja y no a un campo petrolero, de manera que la empresa dio por terminada la relación laboral con justa causa, la cual fue calificada por las partes en el contrato de trabajo como una falta grave, ya que como empleador podía trasladar a la actora a cualquier lugar a prestar sus servicios, garantizando la adecuada supervivencia y los medios necesarios para su

traslado, razón por la cual, el incumplimiento a esa orden era falta grave y justa causa para el desahucio laboral.

Consideró que el contrato de trabajo terminó con justa causa en el año 2015 por una decisión de la compañía y posteriormente en el año 2020 ante el incumplimiento de la trabajadora, sin que contara con una restricción médica vigente. Agregó que el A quo erró al soportar la decisión bajo lo dicho en el interrogatorio de parte por la accionante. Así las cosas, luego de hacer referencia a la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que demostró una justa causa en la terminación del contrato de trabajo, además, advirtió que la demandante utiliza indebidamente la justicia, pues ha presentado múltiples acciones de tutelas y tres demandas ordinarias. (Expediente digital, carpeta 30.Grabación Audiencia, audio AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 2020-171-20210915\_160925-Grabación de la reunión)

## **8. Alegatos de conclusión - apelación auto**

**8.1. Parte demandante.** Expuso que las medidas cautelares innominadas consagradas en el literal C del art. 590 de la ley 1564 de 2012, son aplicables al proceso ordinario laboral, de manera que no existen razones para que no proceda la cautela solicitada.

**8.2. Parte demandada.** En su escrito señaló que no se cumplen con las condiciones y presupuestos para que sea decretada la medida cautelar solicitada, como quiera que no se evidencia que las acreencias laborales que pretende la demandante se encuentren en grave riesgo de no ser pagadas, ya que el vínculo laboral se mantuvo vigente, se cumplió con el pago de todos sus derechos laborales y no adeuda nada a la misma como consecuencia, tampoco existe eventual riesgo de liquidación de la empresa o que la misma se pueda sustraer de los pagos en caso de que hipotéticamente las condenas impuestas sean confirmadas.

## **9. Alegatos de conclusión - apelación sentencia**

**9.1. Parte demandante.** Alegó en su favor que no es posible que los efectos del desistimiento apliquen en el diligenciamiento, tampoco es posible predicar que los procesos presentan identidad en sus líneas de tiempo y la materia aplicada es la misma, razón por la cual los argumentos esbozados por la parte demandada al interior de su recurso de apelación constituyen argumentos inconsultos y falaces.

**9.2. parte demandada.** Refirió que frente a la decisión adoptada por el A quo, respecto de la interpretación que dio a los efectos que generó el escrito de desistimiento presentado por la actora dentro del proceso bajo radicado 2015-769, existió una indebida y errada interpretación de los efectos que produce dicha decisión, toda vez que de ninguna manera la determinación notificada a la demandante por parte del empleador sobre terminar el contrato de trabajo por justa causa, implica la suspensión de los efectos transitorios otorgados mediante tutela a la demandante como mal lo entendió el A quo.

Indicó que al haber desistido del proceso que adelantaba en contra de la enjuiciada en el Juzgado 26 laboral del Circuito de Bogotá, los efectos incidían dentro de este proceso y por tanto frente a la pretensión de reintegro hizo tránsito a cosa juzgada. De otro lado esgrimió que no existió discriminación alguna hacia la actora, toda vez que el tema de salud alegado en este proceso ya había sido objeto de discusión dentro del proceso que cursaba en el Juzgado 26 laboral de Bogotá y del cual la demandante desistió, por lo que no había lugar a efectuar análisis alguno frente al estado de salud alegado por la demandante y la presunta discriminación que el Juez encontró acreditada.

Resaltó que la actora no tenía incapacidades vigentes, tampoco restricciones o recomendaciones vigentes, ni contaba con calificación alguna de pérdida de capacidad laboral, además, que la justa causa de terminación del contrato de trabajo quedó plenamente demostrada, dado que la demandante incurrió en un incumplimiento a lo pactado en el contrato de trabajo, en tanto que no acató una orden e instrucción que le había dado su empleador.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la demandante respecto el auto que negó la medida cautelar y por la demandada frente a la sentencia, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

#### **Medida cautelar innominada**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar en primer lugar el siguiente **problema jurídico**:

- (i) ¿Acredita la parte actora que en efecto la enjuiciada se encuentra en las condiciones previstas en el artículo 85A del Estatuto Procesal Laboral, para imponer en su contra medida cautelar innominada, solicitada para garantizar las resultas del proceso?

Sea lo primero indicar que el auto que deniegue medidas cautelares es apelable en los términos del numeral 7° del artículo 65 del CPT y de la SS.

Para decidir sobre la legalidad de la providencia impugnada, cumple recordar que las medidas cautelares deben entenderse como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de uno o varios derechos que se controvierte en ese mismo proceso, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada, por lo tanto, estas medidas de protección buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido. Dichas medidas no implican una decisión respecto de la existencia del derecho pretendido, sino por el contrario constituyen disposiciones judiciales tendientes a materializar el cumplimiento del derecho que eventualmente sea reconocido, así lo ha entendido la H. Corte Constitucional en sentencia C – 379 de 27 de abril de 2004, mediante la cual se declaró exequible el artículo 37 A de la Ley 712 de 2001, que adiciona el artículo 85 A del C. P. del T. y de la S. S.

En este orden de ideas, dentro del Procedimiento Laboral, estas vías legales coadyuvan a evitar la insolvencia de quien podría ser condenado e incumplir las obligaciones que le imponga el correspondiente fallo judicial, pero para la aplicación de las mismas, existen presupuestos necesarios y obligatorios que debe cumplir la parte que las solicita, que se encuentran estipulados en el artículo 85 A del C. P. del T. y de la S. S., pues aquellas no pueden ser impuestas de manera arbitraria y sin la observancia de la ley por parte del operador judicial, ya que se pueden generar perjuicios innecesarios a quien es objeto de éstas.

En este entendido, el Estatuto Procesal Laboral ha establecido unos requisitos sine qua non que el solicitante debe acreditar cuando pretende el decreto y práctica de dichas medidas, que se encuentran previstos en el multicitado artículo 85 A, según los cuales

procede la cautela cuando el demandado: a) está efectuando actos tendientes a insolventarse; b) lleva a cabo actos inclinados a impedir el cumplimiento de la sentencia; o, c) se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones. Así las cosas, no es viable que en este tipo de medida cautelar sea impuesta teniendo sólo como fundamento la simple solicitud de parte, puesto que es indispensable que el interesado aporte al juzgador *"las pruebas acerca de la situación alegada"*, a través de las cuales se demuestre la necesidad de imposición del gravamen que se solicita, tal y como se sostiene en la sentencia C-379 de 2004, a la que ya se ha hecho referencia.

Ahora, es preciso aclarar que, en los juicios ordinarios laborales, la medida cautelar aplicable en principio correspondió únicamente a la imposición de una caución, misma que según las voces del artículo 65 del Código Civil concierne a una *"obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena"*, es decir, tiene como finalidad el asegurar el cumplimiento de la sentencia. No obstante, tal y como lo advirtió el recurrente, el artículo 85 A fue objeto de revisión por la Corte Constitucional, corporación que a través de sentencia C-043 de 2021 resolvió declarar su exequibilidad de forma condicionada, bajo el entendimiento de que *"en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse medidas cautelares innominadas, previstas en el literal "c" del numeral 1º del artículo 590 del CGP."*

Así, la ratio decidendi de la citada sentencia de constitucionalidad señala que la medida cautelar innominada corresponderá a *"cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión."*, empero para que el instrumento de cautela proceda se requiere necesariamente, *"entre otras situaciones, la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho."*

En tal sentido, se podrá pedir cualquier medida cautelar en el proceso ordinario laboral, con el fin de asegurar, entre otras cosas, la efectividad de las pretensiones elevadas, no obstante, como se advierte, se mantienen las tres hipótesis que se hizo alusión atrás por esta Corporación, requiriendo para tal efecto una carga probatoria que evidencie, de manera suficiente, que están ocurriendo tales hechos o que la situación financiera del demandado es insostenible y por tanto altamente probable que no pueda cumplirse una eventual sentencia de condena, siendo forzoso impedir tal situación, garantizando por lo menos parte de las pretensiones demandadas, carga probatoria que ciertamente recae en cabeza de la parte interesada en que se imponga la medida cautelar.

De cara lo anterior, se observa en el caso en concreto, que la parte actora no arrima medio de convicción tendiente a demostrar los actos de insolvencia, así como las dificultades de la enjuiciada que impedirían la efectividad de sentencia a su favor, ni siquiera expone en forma clara y precisa las conductas actuales y ciertas del empleador en torno a defraudar a la trabajadora o que conlleven a pensar en el incumplimiento de sus obligaciones.

En ese orden de ideas, no puede entonces quedar la medida cautelar apoyada en simples especulaciones o posibilidades, como lo pretende la recurrente, pues de aceptarse ello, en todos y cada uno de los procesos ordinarios se debería imponer, si se tiene en cuenta que es natural que las personas o empleadores, se puedan encontrar en algún momento en situaciones económicas difíciles. De esta manera la medida cautelar que aquí nos ocupa no se encuentra encaminada a exponer hechos concretos y comprobables, donde se pueda verificar que efectivamente, tales dificultades o esas actuaciones de insolvencia están teniendo ocurrencia o que estén altamente probable de que se puedan presentar y, de allí que no se pueda fijar las medidas pretendidas que sirvan para prevenir tal situación propendiendo por garantizar el pago a la trabajadora.

En consecuencia, el A quo no se equivocó al negar la solicitud de medida cautelar petitionada por la parte actora, por lo que habrá de confirmarse dicha decisión por parte de esta Sala.

**Costas.** Sin costas en esta instancia judicial.

### **Cosa Juzgada derivada del desistimiento**

Sentado lo anterior, corresponderá a esta Corporación solucionar el siguiente **problema jurídico:**

- (ii) ¿Operó el fenómeno de la cosa juzgada sobre las pretensiones debatidas en el presente juicio, ante el desistimiento del proceso que incoó la demandante en el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá?

En torno a la existencia o no de la cosa juzgada, cumple recordar que en términos del artículo 303 del C.G.P. "*La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes*". Sobre dicha institución, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo radicado N° 36910 de 7 de julio del 2005, señaló que "*la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicen de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias.*"

Bajo este entendimiento, la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes, entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto, que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa, que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

Por consiguiente, de encontrarse demostrada la misma, no habría necesidad de pronunciarse nuevamente respecto a las pretensiones de la demanda, al haber sido ello objeto de una decisión en firme, pues con tal figura procesal se busca precisamente garantizar el principio de seguridad jurídica, quedando imposibilitado el juzgador de reabrir un debate que ya fue objeto de decisión definitiva por parte de la jurisdicción laboral.

Ahora debe precisarse que frente al desistimiento de las pretensiones tal efecto corre de la misma suerte, de conformidad con el inciso del artículo 314 del CGP, en tanto que dicha figura jurídica implica la renuncia de las pretensiones en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido los efectos de cosa juzgada.

Siendo así las cosas, se observa en el plenario que la aquí demandante inició proceso ordinario laboral de primera instancia que cursó ante el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, donde pretendió entre otras cosas "*el restablecimiento definitivo de los derechos fundamentales y laborales de la demandante a la salud, a la rehabilitación, recuperación y a la integridad psíquica conexas con una vida digna, según SENTENCIA DE TUTELA DE 25 DE MAYO DE 2015 DEL JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL DE BOGOTÁ CON FUNCIÓN*

*DE CONOCIMIENTO, CONFIRMADA Y ADICIONADA EL 17 DE JULIO DE 2015 POR EL JUZGADO CUARENTA Y TRES PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO*'.

Como fundamento de dicha acción sostuvo la accionante que inició relación laboral con la demandada, mediante un contrato de trabajo celebrado el 8 de abril de 2011 y que dada la actividad para la cual fue vinculada empezó a sufrir quebrantos de salud, como "*hormigueo en la cabeza, taquicardia, miedo, angustia, dificultad respiratoria*", razón por la cual al acudir a su EPS le fue diagnosticado "*ataques de pánico y trastornos de ansiedad*". Luego de hacer un recuento sobre los servicios médicos recibidos por su EPS para el tratamiento de su patología, indicó que el 16 de marzo del 2015 la sociedad Independence Drilling S.A. le ordenó no presentarse a trabajar hasta que recibiera instrucciones de recursos humanos sobre su liquidación, por lo que no le fue asignado turnos de trabajo, tampoco le fue enviada carta de despido. Ante tal situación, manifestó que incoó acción de tutela, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Catorce Penal del Municipal de Bogotá con Función de Conocimiento, quien mediante sentencia del 25 de mayo de 2015 ordenó su reintegro transitorio, decisión que fue confirmada y adicionada por el A quem mediante fallo de tutela del 17 de julio de 2015.

El proceso ordinario culminó con auto calendado el 9 de julio de 2021, a través del cual se aceptó el desistimiento presentado por la demandante, en los términos del artículo 314 del CGP.

Conforme a lo atrás relatado, y a pesar de que en el presente asunto se solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, o a uno de similar categoría, sin solución de continuidad, se observa a simple vista entre ambos procesos la no configuración de los elementos de la cosa juzgada, pues si bien existe identidad de objeto (reintegro por estabilidad laboral reforzada), así mismo, identidad de partes en este asunto, lo cierto es que no se funda en la misma causa del primigenio proceso ordinario laboral que suscitaron las partes y que terminó con el desistimiento presentado por la demandante, en tanto que no coinciden los fundamentos de hecho, esencialmente porque allí, el origen de la controversia derivó de la finalización del vínculo laboral realizada el 16 de marzo del 2015 y la orden de reintegro transitorio que resultó de la acción de tutela impetrada; mientras que aquí, en este preciso asunto, radica fundamentalmente en el desahucio laboral que realizó la empresa demandada el 13 de abril de 2020 bajo una justa causa, esto es, el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la activa al no acatar una orden de traslado de su lugar de trabajo.

Bajo esas condiciones, es claro que no operó el fenómeno de la cosa juzgada y, por tanto, es viable que esta jurisdicción emita un pronunciamiento de fondo respecto a las pretensiones solicitadas por la parte actora, tal cual como lo efectuó el A quo.

Ahora, si en gracia de discusión se pasará por alto las consideraciones advertidas en precedencia que son suficientes para desestimar el reproche alegado y se determinara que en verdad operó dicha institución como consecuencia del desistimiento realizado, tal aspecto tampoco derriba la sentencia confutada, pues es imposible pasar por alto que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado de manera pacífica y reiterada que la institución de la cosa juzgada no es viable respecto de derechos ciertos e indiscutibles, como se dijo en sentencia SL2503 de 2017.

Así, debe precisar esta Sala que la consecuencia del desistimiento conforme al art. 314 del Código General del Proceso si bien "*implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absoluta habría producido efectos de cosa juzgada...*", pero tal institución de orden procesal no se puede aplicar cuando resulta manifiestamente contraria a las normas sustanciales del trabajo, entre esas el artículo 14 del CST que expresa la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que se conceden

a los trabajadores por ser disposiciones de orden público, como lo es la estabilidad laboral reforzada; además, por cuanto el artículo 11 del CGP, como el 228 de la Constitución Política, precisan que el derecho sustancial prevalece sobre el derecho adjetivo o formal.

Ante tal panorama, considera la Sala que al haber culminado el proceso ordinario laboral del que conoció el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito, por el desistimiento de las pretensiones solicitadas en ese momento, entre ellas el reintegro por estabilidad laboral, tal decisión no produce efectos ante la transgresión de dichos preceptos legales que rigen la actuación judicial. Es más, ni siquiera la trabajadora a través de una expresión de voluntad libre, podía renunciar a las garantías mínimas a las que tiene derecho, ya que estas revisten tal envergadura que no podían ser objeto de renuncia.

Por consiguiente, no le queda otro camino que mantener la decisión intacta.

### **Estabilidad laboral reforzada**

Finalmente, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?
- (ii) Para tal fin deberá examinarse ¿La terminación de la relación laboral obedece a una causal objetiva y no como consecuencia de sus patologías?

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, el salario devengado durante su vigencia y modalidad; ni la labor de jefe HSEQ que ejerció en vigencia de la relación la accionante; hechos que no fueron recurridos por las partes y además, se aceptaron en la contestación de la demanda.

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Independence Drilling S.A. actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 13 de abril de 2020.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia

SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el 13 de abril de 2020, fecha en que la encartada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías que fueron calificadas como "fobias especificadas (aisladas), trastorno de estrés postraumático, trastorno de pánico (ansiedad paroxística episódica) y sobre las cuales recibió tratamiento médico desde el año 2011, por diferentes especialidades, entre esas, psiquiatría, neurología y psicología, especialidades que ordenaron en múltiples ocasiones medicamentos con el fin de alcanzar un grado de mejoría en su estado de salud, tal y como da cuenta el haz probatorio.

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que se allegó dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con el que se demuestra que la actora ostentó para la fecha del despido una mengua laboral del 28.10%, con fecha de estructuración el 11 de julio de 2019, ya que:

**Análisis y conclusiones:**

Paciente de 36 años, quien consulta a psiquiatría en noviembre de 2011 por cuadro clínico de dos meses de evolución de ansiedad, sin especificar factores desencadenantes en esta consulta, se hace diagnóstico de trastorno de pánico, ansiedad paroxística episódica y episodio depresivo no especificado, se inició manejo con escitalopram 10mg/d y clonazepam gotas, con adecuada respuesta terapéutica, hasta mayo de 2012, cuando suspende medicación. Psiquiatría con Dx de trastorno de ansiedad reinicia tratamiento con sertralina 100mg/d y clonazepam gotas. En control de abril de 2015, se registra nueva reactivación de síntomas por suspensión del tratamiento, psiquiatría confirma Dx de trastorno de pánico, indica manejo con sertralina 50mg/d, psicoterapia. En valoración de psiquiatría del 5 de noviembre de 2015, hace referencia que en el 2011 tuvo "tema con la guerrilla" y que posterior a esto presenta ataques de pánico. En control de psiquiatría de agosto de 2017 se encuentra relatos con detalles no relacionados en ninguna de las consultas previas, hace la psiquiatra diagnóstico de trastorno de estrés posttraumático y episodio depresivo grave sin síntomas psicóticos, cambia antidepressivo a escitalopram, continúa olanzapina y clonazepam. En control de psiquiatría de noviembre de 2017, se registra diagnóstico de trastorno de ansiedad, no especificado. Conceptúa mejoría parcial de los síntomas, se recomienda proceso psicoterapéutico estructurado, indica continuar manejo con sertralina 50mg (1-0-0) y clonazepam gotas (1-1-1). En controles del 2018, relata en su trabajo en Manzoya, Putumayo, sufrió ataques y amenazas de la guerrilla, hace referencia a matanzas en el 2012 de algunos compañeros, dice que fue trasladada a Melgar y que por fobia no puede volver a trabajar en campo. Se encuentra en la historia clínica, según relato de la paciente, que cuando ocurre el asesinato ya había sido trasladada. En este control psiquiatría hace diagnóstico de fobia especificada, trastorno de pánico y trastorno de estrés posttraumático. Indica manejo con

Así las cosas, los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afectación en su estado de salud, situación que le impedía o dificultaba ejecutar la labor de una manera regular, los cuales, no pueden ser desestimados o echados de menos, como lo sugiere el apoderado judicial de la parte demandada, cuando considera que la demandante al momento de la finalización del vínculo laboral no tenía restricciones médicas o recomendaciones médico laborales, pues es del caso recordar, precisamente siguiendo los derroteros expuestos por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, que lo que interesa es que padezca de una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, para que proceda el fuero de salud, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

Todo lo anterior permite concluir:

(i) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto la demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud, lo cual desencadenó que la actora tuviese una merma laboral del 28.10% y por ende presentara dificultad al ejecutar su labor; (ii) aquella situación era de conocimiento de la demandada, en tanto que no fue un hecho desconocido por esta en la contestación de la demanda; (iii) por manera que el problema de salud por parte de la trabajadora determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo; (iv) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que como ya se advirtió en líneas precedentes, lo fue sin justa causa.

Sobre esto último, es decir, sobre el argumento que utilizó el recurrente para concluir la existencia de una justa causa que determinó el finiquito del vínculo laboral, basta con decir que la figura del *ius variandi*, cuyo alcance han sido delimitados por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-682 de 2014, encuentran sus límites en la medida que "*puede tornarse violatoria de derechos fundamentales si se aplica en forma arbitraria o si no se sustentan de manera adecuada los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismos.*"

En esa misma dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en decisiones, como por ejemplo en sentencias SL 5373-2021, SL16964-2017 y SL, 30 junio 2005, radicado 25103, ha señalado:

*"Con todo y al margen de lo anterior, es pertinente recordar que mientras exista*

*nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario."*

Bajo tal tesitura, en el caso en concreto, la Sala encuentra que se allegó comunicación adiada 14 de febrero de 2020, mediante la cual se le informa a la demandante que *"requiere de sus servicios en el lugar donde funciona la operación productiva de INDEPENDENCE en BARRANCABERMEJA a partir del próximo 16 de marzo del año 2020, por tanto la empresa haciendo uso de la facultad legal y contractual que le asiste, respaldada además en el poder subordinante que lleva implícito todo contrato de trabajo (IUS VARIANDI) ha decidido trasladarlo en forma definitiva para la prestación de sus servicios en las instalaciones de la empresa ubicadas en la calle 49 No. 9 – 78, Hotel Elite, Barrancabermeja, Santander"*

Sin embargo, nótese de dicho medio probatorio que la empresa accionada no expuso de manera clara y precisa cuál fue la causa, motivo o necesidad razonable para pretender el traslado de su trabajadora de la ciudad de Bogotá a Barrancabermeja, por manera que se torna abusivo y caprichoso el cambio lugar de trabajo de la accionante. Al punto que se advierte afectación clara, grave y directa de los derechos fundamentales de la actora, en tanto, que su desplazamiento hacía Barrancabermeja repercutía principalmente en sus condiciones de salud. Ello es así, porque si bien la actora como afiliada al subsistema de seguridad social en salud ostentaba el derecho a la portabilidad del seguro de salud en todo el territorio nacional, según las voces del Decreto 1683 de 2013, compilado en el Decreto 780 de 2016, no obstante, debido a sus patologías de origen mental, tal desplazamiento requería de evaluación médica que determinará su viabilidad, a más porque tal situación interrumpía la continuidad en su tratamiento médico, por lo menos mientras que se aseguraba la prestación efectiva del servicio de salud en la ciudad de arribo.

De hecho verifica la Sala que las condiciones de salud al momento de requerirse el traslado se pusieron en conocimiento del empleador con antelación, inclusive a que la señora Sánchez Aranzalez rindiera descargos el 19 de marzo del 2020, mediante derecho de petición, tal y como se esgrimió en la carta de terminación del contrato de trabajo calendada 13 de abril de 2020; oportunidad en la que solicitó se evaluarán sus condiciones médicas y se tuvieran en cuenta, para abstenerse del desplazamiento. Por consiguiente, ante tal petición, el empleador previó al despido, debió dejar de un lado su facultad ius variandi y garantizar a la trabajadora su mínimo de derechos laborales y constitucionales, derivados de las patologías de las cuales tenía conocimiento que venían siendo tratadas desde el año 2011.

Cabe anotar, en este punto, que es intrascendente sostener que las partes hayan calificado como justa causa para el rompimiento del nexo contractual el incumplimiento de la orden de traslado derivada de su facultad para ejercer el ius variandi, no solo porque dicho aspecto no encontró su demostración en el plenario, pues en el contrato de trabajo no se esgrimió como causal de terminación tal conducta, sino, además, dada a las particularidades del caso que imponían un tratamiento diferente de cara a la condición médica de la trabajadora, la cual ampliamente era conocida por la enjuiciada y se antepone a la citada potestad.

En tal contexto, es claro que la facultad del ius variandi encontraba sus límites, por manera, que contrario a lo expuesto por la censura, el A quo no se equivocó al colegir la inexistencia de una justa causa del empleador para dar por terminado el vínculo laboral a la aquí promotora del proceso, entre otras cosas, porque sus reflexiones recayeron sobre la totalidad de los medios de persuasión allegados al plenario y no únicamente frente al interrogatorio de parte practicado a la demandante, que por demás de manera conjunta llevaron a su convencimiento sobre la protección laboral reforzada de la que es beneficiaria la actora, aspecto que confirma esta Sala de Decisión Laboral.

Corolario de lo anterior, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba a la señora Lindsay Viviana Sánchez Aranzalez y en tal virtud, como bien lo señaló el Juez primigenio, corresponde declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo se restituya al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo.

Surge de lo dicho, que esta Sala habrá de confirmar la decisión de primer grado.

### **Costas**

En esta instancia a cargo de la demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

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

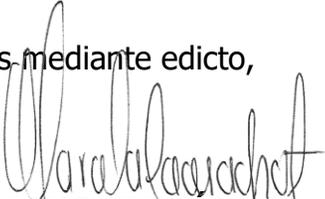
### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto proferido en audiencia celebrada el 14 de septiembre del 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

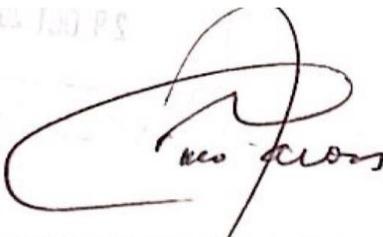
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de septiembre del 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **INDEPENDENCE DRILLING S.A.** Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

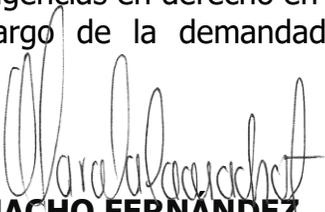
MAR 13 2020 P.S.  


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**Costas** en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **LINDSAY VIVIANA SÁNCHEZ ARANZALEZ** y a cargo de la demandada en la suma de \$1.000.000.

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LAURA CAMILA CASTRO MORENO  
**Demandadas:** TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.  
**Radicado No.:** 23-2020-00451-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDADA – CONFIRMA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Laura Camila Castro Moreno instauró demanda ordinaria contra Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo "*desde el 17 de febrero hasta el día de la sentencia condenatoria en contra de la empresa demandada*". En consecuencia, se condene al pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías anuales, sanción por el no pago oportuno de intereses a las cesantías, salarios insolutos, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales y salarios, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que desempeñó labores a partir del 17 de febrero de 2020, en el cargo de analista de bienestar a favor de la empresa enjuiciada, devengando un salario de \$1.500.000 y mediante un contrato de trabajo a término indefinido. Sostuvo que el 18 de marzo de 2020 su empleador suspendió el vínculo laboral, argumentando imposibilidad de seguir con el objeto de este debido a la emergencia sanitaria derivada del Covid-19. Indicó que el 28 de julio del mismo año la demandada dio por terminado sin justa causa el nexo contractual. (Cd a fol. 16, PDF SUBSANACIÓN DE DEMANDA).

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que, si bien entre las partes existió un vínculo laboral con fecha de inicio el 17 de febrero de 2020, no obstante, este finalizó el 27 de julio de 2020 de manera unilateral y con justa causa, conforme a la descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en la carta de terminación de la misma fecha, cancelando las prestaciones sociales causadas.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de obligaciones indemnizatorias, improcedencia del reintegro, fuerza mayor, caso fortuito, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción. (Cd a fol. 16, PDF 2020-451 Contestación Laura Camila Moreno Castro contra TVHA).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 26 de agosto del 2021, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 17 de febrero al 27 de julio de 2020. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar a favor de la actora la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, manifestó que el contrato de trabajo a término indefinido existente entre las partes tuvo lugar desde el 17 de febrero al 27 de julio de 2020, vínculo laboral que fue suspendido a partir del 19 de marzo de 2020 por la enjuiciada, dada la comunicación remitida a la actora y que data del 18 del mismo mes y año, lo cual se demostró en tanto que se reunieron los requisitos de imprescindibilidad, irresistibilidad e inimputabilidad contenidos en el numeral 1 del artículo 51 del CST, para la suspensión del nexo contractual.

Indicó que de conformidad con la citada disposición no se contempló la suspensión de la obligación de pago de aportes al sistema de seguridad social, además, en armonía a lo establecido en el artículo 71 del Decreto 806 de 1998, no había lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se debían efectuar con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato. Bajo ese horizonte, expuso que se allegó certificación de pago de aportes a favor de la demandante, evidenciándose que se realizaron cotizaciones a salud, conforme al salario devengado y durante el término de vigencia de la relación laboral, incluyendo el tiempo de suspensión de la misma.

En lo que hace a la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa refirió que es necesario que la trabajadora acredite el hecho del despido y la demandada demuestre la justa causa en que se fundó tal decisión. En ese sentido, expuso que se allegó carta de terminación del vínculo laboral con justa causa, la cual estuvo fundamentada en la pandemia del covid-19, aspecto que constituye, para la empresa una fuerza mayor en los términos del artículo 64 del Código Civil que impide la operación de la compañía en el territorio nacional. Sin embargo, consideró que en armonía a los artículos 61 y 62 del CST, la fuerza mayor no está contemplada como causal de terminación legal y con justa causa el contrato de trabajo, por tanto, resulta procedente el pago de la indemnización solicitada. (Cd a fol. 16, archivo AUD-023-2020-00451)

#### **4. Impugnación y límites del ad quem.**

**4.1. Parte demandante.** Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación indicando que el A quo incurrió en una observancia probatoria en tanto que verificado el certificado de aportes que se allegó al proceso, la demandada no realizó los aportes a seguridad social, ya que aun cuando el contrato de trabajo se suspendió, su única obligación era la de realizar cotizaciones, bajo un IBC de \$1.500.000. Refirió que la empresa enjuiciada realizó aportes únicamente para pensión durante dicho tiempo, más no a EPS, razón por la cual y de cara a la terminación del vínculo laboral sin justa causa *“da la consolidación del párrafo primero del artículo 65 del CST”*.

En ese sentido, discrepó del Juez primigenio cuando aquel consideró que la suspensión del contrato de trabajo se dio bajo la causal de imprescindibilidad e irresistibilidad de las

características de agentes externos, ya que dejó de un lado las diferentes posibilidades que ejerció el gobierno nacional, para mantener las nóminas de las empresas, entre otras, dando prioridad a este sector de la producción. Agregó que la encartada hizo uso de subsidios de empleo y nómina, de manera que no se descapitaliza. Concluye que resulta procedente la aplicación al citado párrafo ante la ausencia total de buena fe en el no pago de los aportes al subsistema de seguridad social en salud, con la consecuente condena de un día de salario por cada día de retraso. (Cd a fol. 16, archivo AUD-023-2020-00451).

**4.2. Parte demandada.** En su alzada adujo que el juez de primer grado dejó de un lado los argumentos establecidos, tanto en la carta de terminación del contrato, como en la contestación de demanda, en el sentido de que existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en la sentencia del 18 de febrero de 1976, mediante la cual *“se incluyó que fuerzas de la naturaleza o del mandato de autoridad pública que hagan imposible y que se cumplan lo prometido, en este caso, la existencia del contrato en su misma realización en el tiempo, pues constituyen en sí mismo una posibilidad o una causal suficiente para hacer cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio, sin que ninguna de las partes tenga responsabilidad en ello.”*

En ese sentido, refirió que no se respetó el precedente jurisprudencial, además que, contrario a lo manifestado por el A quo, no se puede limitar a lo que señala la norma, sino, para eso, en virtud de lo establecido en el Código General del Proceso, debe darse aplicación al precedente jurisprudencial que en ese sentido es bastante claro y no ha sido modificado. (Cd a fol. 16, archivo AUD-023-2020-00451)

## **5. Alegatos de conclusión.**

**5.1. Parte demandante.** Refirió que no se acreditó que la empresa estuviera sin recursos económicos por el contrario se verificó que gozaba de buen flujo de caja cuestión diferente a la grave situación económica que señala. Indicó que los efectos del aislamiento no se podían proyectar inmediatamente a partir de marzo, sin embargo, la empresa de mala fe limitó los recursos de la empresa afectando su principal obligación, el pago de salarios.

**5.2. Parte demandada.** Alegó en su favor que el A quo no analizó lo establecido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia No. 5122 del 18 de febrero de 1976, mediante la cual señala que cuando aparezca comprobada la fuerza mayor o caso fortuito, ello hace cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio, sin que ninguna parte tenga responsabilidad en ello, razón por la cual ninguno está obligado a indemnizar al otro. Dijo que de haber examinado la providencia habría concluido que las partes fueron simultáneamente víctimas de la fuerza mayor, pues la enjuiciada no pudo continuar ejecutando su objeto social por una circunstancia imprevisible e irresistible, y a su vez la actora no pudo prestar el servicio ni recibir su salario.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿Se debe dar aplicación a lo dispuesto en el párrafo 1º, artículo 65 del CST, en tanto considera la apelante que no se encuentra demostrado el pago de aportes al subsistema de seguridad social en salud por parte de la enjuiciada?

- (ii) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende, tal como lo coligió el juez de primer grado?

## **Contrato de trabajo, salario y sus extremos**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y salario, tampoco la labor de analista de bienestar que ejerció la promotora de la litis. Situaciones fácticas que no sobra precisar fueron aceptadas por la enjuiciada en la contestación de demanda.

## **Principio de Congruencia**

Así las cosas, se recuerda que el ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la apelante se encuentra orientado a que la enjuiciada no acreditó el pago de cotizaciones al subsistema de seguridad social en salud, por lo que ante tal incumplimiento y sumado a que el contrato de trabajo finalizó sin justa causa por parte del empleador, la consecuencia no puede ser distinta al pago de la indemnización prevista en el parágrafo 1° del artículo 65 del CST, a más porque de cara a la suspensión del contrato de trabajo, aquella no demostró actos de buena fe que enerven la obligación contenida en la citada disposición. Ahora, como se vio el juzgador de primer grado destacó de los medios de convicción allegados por la enjuiciada la acreditación del pago de aportes al subsistema de seguridad social en salud, pues así infería de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes, lo cual no daría lugar a condena sobre este aspecto.

En tal sentido, debe recordar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Así las cosas, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en que esta Sala se ocupe de verificar si hay lugar al pago de la indemnización

moratoria que prevé el parágrafo 1º del artículo 65 del CST derivada de la falta de pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, aspecto que no puede ser definido en este asunto, como quiera que la pretensión que ahora se persigue no se encuentra comprendida en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fueron discutidas en las etapas del proceso, pues la génesis de la controversia consistió, entre otras cosas, en el pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a salud y pensión y *"de manera subsidiaria en caso de no prosperar la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o de prosperar solo hasta la terminación del contrato, que se condene al pago de la Indemnización moratoria e intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera, en los términos del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2003, por el no pago oportuno y completo de los salarios y prestaciones sociales debidos, desde la terminación del contrato de trabajo."*

Bajo ese contexto, se considera que la censura yerra al pretender que esta Corporación emprenda estudio de una pretensión que no fue solicitada en el escrito primigenio y, por ende, sobre aspectos que finalmente las partes no fundaron su disenso; y es que de hacerlo es claro que constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que les asisten a las partes en contienda, aspecto que no puede permitir la Sala y por ende se estime procedente que la sentencia confutada se mantenga incólume en lo que hace a este punto de reproche, precisamente con el fin de garantizar las citadas prerrogativas constitucionales.

Resta decir que, si bien la actora reprochó las inferencias que llevó al cognoscente de primer grado a establecer el pago de los aportes al subsistema de seguridad social en salud y la procedencia de la suspensión que realizó la enjuiciada sobre el contrato de trabajo, ello lo fue con el propósito de ratificar por parte de aquella que, dada la mala fe de la empleadora derivada de tal situación, la hacía merecedora del pago de la indemnización prevista en el parágrafo 1º del artículo 65 del CST, de modo que dejando libre de discusión la conclusión del A quo relacionada con el pago o no de las citadas cotizaciones, siendo una de las pretensiones principales de la demanda.

Las anteriores razones resultan suficientes para confirmar la sentencia censurada.

### **Despido sin justa causa**

Sentado lo anterior, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión, la misma se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, obra carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa, decisión que obedeció, según la citada comunicación:

*"a la pandemia del COVID-19 y las disposiciones contenidas en los Decretos emitidos por el Gobierno Nacional No. 457, 531, 593, 636, 749, 878 y 990 de 2020 constituyen para la empresa Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. una fuerza mayor en términos del artículo 64 del Código Civil, que impide la operación de la compañía en el territorio nacional, y conforme a la sentencia No. 5122 del 18 de febrero de 1976 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, nos lleva forzosamente a tener que finalizar el contrato laboral con justa causa a partir de la fecha enunciada."*

De esta manera, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria y de otra, que el dador del laborío cumplió con el deber de comunicarle a su trabajadora las causas y motivos de su decisión, surge para Sala estudiar si la pasiva acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa.

En tal virtud, y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, ya que, contrario a lo afirmado por la censura cuando dice que la demandante no fue despedida en forma unilateral e injusta, dado que su desvinculación estuvo fundada en fuerza mayor a causa de la pandemia generada por el covid-19, que obligó a que el Gobierno Nacional dictar disposiciones con el fin de mitigar la propagación de éste, tal aspecto no constituye una justa causa, por tanto, deviene en un despido injusto, tal como lo ha advertido de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en la sentencia de radicación 3342 del 1 de agosto de 1990, misma que fue dictada con posterioridad a la providencia del radicado 1710 del 22 de mayo de 1987 y con la cual queda sin piso los argumentos sobre los cuales se basa la censura.

En dicha sentencia se destacó:

*"De la comunicación de suspensión del contrato (...), el Tribunal dedujo acertadamente el caso fortuito o la fuerza mayor para los efectos de la suspensión del contrato, pero erró en la valoración del de folio 24 que registra la extinción de la relación, porque del mismo no se desprende ninguna de las justas causas legales y justificadas de terminación de la relación, taxativamente establecidas en el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965"*

Más adelante señala:

*"Como consideraciones de instancia, basten las expuestas en el desarrollo de la etapa de casación, especialmente en cuanto del examen de la comunicación de despido, se desprende que el caso fortuito impidió la reanudación de actividades, lo cual como se ha visto no conforma justa causa legal de extinción de la relación de trabajo (...)"*

Por lo expuesto, al no estar contempladas la fuerza mayor o caso fortuito como causales de terminación del contrato de trabajo con justa causa el finiquito deviene en injusto, por lo que debe permanecer incólume la conclusión del fallador de primer grado consistente en que el vínculo finalizó el 27 de julio de 2020, con ocasión de un despido sin justa causa, del que se deriva la condena de la indemnización.

Como resultado de lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primer grado.

### **Costas.**

Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de agosto del 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



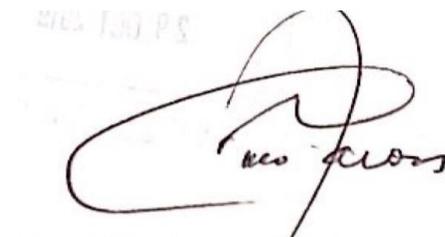
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**

Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**

Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** GLORIA MERCEDES VILLÁN BAUTISTA  
**Demandada:** UGPP  
**Radicación:** 21-2020-00464-01  
**Tema:** APELACIÓN SENTENCIA– PENSIÓN CONVENCIONAL-MODIFICA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Gloria Mercedes Villán Bautista, instauró demanda ordinaria contra UGPP, con el propósito de que declare que prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contratos de trabajo a término indefinido desde el 21 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999 y que es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, suscrita el 15 de abril de 1998 entre su empleador y Sintracreditario. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se disponga a su favor el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional del artículo 41, parágrafo 1° y 3° desde el 23 de septiembre de 2011, fecha en la que cumplió 50 años, de manera indexada, con sus respectivos ajustes anuales, mesadas adicionales, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 1 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, con un tiempo laborado de 22 años, 5 meses y 6 días, desempeñando el cargo el de Cajero Operador II, Grado 05, con un salario mensual de \$1.113.910. Expuso que durante toda la relación laboral estuvo vinculada a la organización sindical Sintracreditario, razón por la cual es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999. Refirió que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero dio por terminado el contrato de trabajo a término indefinido, sin que mediara justa causa, además, cumplió 50 años el 23 de septiembre de 2011. (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 04NotificacionAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

**3. Contestación de la demanda.** Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que tanto las reglas pensionales contenidos en aquellos pactos, acuerdos, laudos, convenciones o cualquier otro documento celebrado válidamente, vigentes a la fecha de su expedición o las que se suscriban con posterioridad perderán vigencia el 31 de Julio de 2010. Así, indicó que conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, es requisito que el trabajador oficial cumpla con el requisito de la edad el cual para el caso en concreto es de 50 años (para las mujeres), requisito de que no logró cumplir la actora, quien nació el 23 de septiembre de 1961, ostentando al 31 de julio de 2010 la edad de 49 años, por manera que no cumple con los requisitos para que le sea reconocida pensión convencional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compartibilidad de la pensión y genérica. (Expediente electrónico, PDF 10ContestacionDemandaUgpp)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 22 de octubre del 2021, en la que la falladora declaró que la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional contemplada en el parágrafo 1° del artículo 41 de la CCT, a partir del 23 de septiembre de 2011, en cuantía inicial de \$1.684.954,31 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, la cual deberá reajustar anualmente de conformidad con la ley. Así las cosas, condenó a la enjuiciada a reconocer la citada prestación a partir del 7 de septiembre de 2015, en cuantía de \$1.980.854, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, la cual deberá reajustar anualmente de conformidad con la ley.

Declaró que la pensión de jubilación convencional reconocida es compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones el 23 de septiembre de 2018, quedando a cargo de la UGPP, a partir de esta última fecha, sólo el mayor valor, y una mesada adicional, esto es la denominada mesada catorce por el valor completo de la mesada pensional, y así sucesivamente año a año. De esta manera condenó a la demandada a reconocer y pagar el citado mayor valor que resulte entre ambas prestaciones y la mesada 14 a partir del 23 de septiembre de 2018. Todo lo anterior de manera indexada, y gravó en costas procesales a la enjuiciada.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si la demandante es o no beneficiaria de la pensión convencional solicitada. Con tal propósito, señaló que está demostrado que la trabajadora laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 21 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, es decir, 22 años, 5 meses y 6 días. En esa medida y luego de analizar el contenido del artículo 41 de la convención colectiva de Trabajo 1998 – 1999, sostuvo que la actora era beneficiaria del citado texto normativo extralegal, además, que de conformidad con el precedente jurisprudencial la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aquella ostenta el derecho a la pretensión económica, ya que el cumplimiento de edad es solo un requisito de exigibilidad y no de estructuración.

Agregó que la única exigencia para adquirir la pensión convencional radica en que la actora se haya desvinculado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de manera voluntaria durante el tiempo de servicios, en tanto que la edad no incide en el cumplimiento de los requisitos, pues pese a que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, mismo que puso unos límites de beneficios pensionales en materia convencional que se extendieron no más allá del 1 de julio de 2010 (sic), en el presente asunto la causación del derecho se dio antes de la vigencia de tal norma.

Así las cosas, indicó que se encuentran probados los presupuestos normativos para la procedencia de la pensión convencional de cara al tiempo de servicios y la edad que ostentó para el 23 de septiembre de 2011. En ese hilo, se propuso a verificar la cuantía de la primera mesada pensional y sobre este aspecto hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 41 de la CCT, para precisar que se tuvo en cuenta el promedio devengado durante el último año de servicios y que fue certificado por la entidad, esto es, la suma de \$1.113.910, para el 27 de junio de 1999, salario que actualizado al mes de septiembre de 2011, corresponde a \$2.246.605, al cual, aplicado el porcentaje del 75% arroja una primera mesada pensional de \$1.684.954,31.

Precisó que la pensión convencional a que tiene derecho es de carácter compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, de conformidad con lo señalado en el artículo 5 del Decreto 2879 de 1985. En lo que hace a la excepción de prescripción propuesta, indicó que la demandante tenía derecho a la prestación desde el 23 de septiembre de 2011, fecha en la que arribó a sus 50 años, presentando reclamación administrativa el 7 de septiembre de 2018 y la demanda el 9 de diciembre de 2020, por lo que las mesadas causadas antes del 7 de septiembre de 2015 se encuentran afectadas por la prescripción, de conformidad con los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS. (Expediente electrónico, audio 18ConexiónAudienciaParteII (22-October-2021))

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la accionada interpuso recurso de apelación señalando que la convención colectiva de trabajo 1998-1999 perdió su vigencia con el Acto Legislativo 001 de 2005, de conformidad con la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al explicar los efectos de dicho acto de cara a los textos convencionales. Indicó que allí se señala dos requisitos para la procedencia de la pensión convencional, los cuales fueron cumplidos con posterioridad al 31 de julio del año 2010, pues arribó a la edad el 23 de septiembre de 2011, de ahí que no proceda la condena.

Por otro lado, solicitó se analice la condena en costas, pues considera que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, es necesario que aparezca probado en el expediente que se causaron y además que el juez al momento de fijar el monto deberá estudiar las circunstancias de cada caso. En ese sentido, sostuvo que la pensión convencional no fue reconocida en razón al Acto Legislativo 001 de 2005, además, actuó de buena fe y, por tanto, no puede ser condena en costas que se fijó.

(Expediente electrónico, audio 18ConexiónAudienciaParteII (22-October-2021))

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandante.** En su escrito solicitó se confirme la sentencia de primer grado.

**6.2. Parte demandada.** Alegó en su favor que de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que tanto las reglas pensionales contenidos en aquellos pactos, acuerdos, laudos, convenciones o cualquier otro documento celebrado válidamente, vigentes a la fecha de su expedición o las que se suscriban con posterioridad perderán vigencia el 31 de Julio de 2010. Esgrimió que las disposiciones convencionales en materia de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en vigor del citado perdieron su vigencia el 31 de julio de 2010, lo que indica que ni las partes, ni los árbitros pueden regular condiciones más benéficas a las que están en rigor, por lo que no puede ser reconocida pensión convencional a la demandante; además, por cuanto la demandante a dicha calenda solo tenía 49 años, no cumpliendo con los

requisitos para que pueda ser beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿Hay lugar a reconocer la pensión de jubilación convencional solicitada por la actora, pese a la promulgación del Acto Legislativo 001 que entró a regir el 25 de julio de 2005 y que mantuvo la vigencia de pensiones de naturaleza convencional sólo hasta el 31 de julio de 2010?
- (ii) En caso de resultar positiva la respuesta, se deberá igualmente establecer ¿Esta prestación es compatible o compartible con la pensión de vejez que le fue reconocida por Colpensiones a la demandante?

### **Contrato de trabajo**

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenio en torno a que la actora estuvo vinculada a la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero mediante contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 21 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 22 años, 5 meses y 6 días; tampoco que arribó a la edad de 55 años el día 23 de septiembre de 2011, dado que nació el mismo día y mes de 1961, ni que fue afiliado a la organización sindical y que se beneficia de la convención colectiva; hechos que sin duda se coligen entre otra documental, de la certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural adosada (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos, pág. 10), cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos, pág. 9) y certificación expedida por Sintracreditario (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos, pág. 31).

### **Pensión de jubilación convencional**

Como se dejó sentado las pretensiones de la actora se orientan a obtener el reconocimiento de la Pensión de Jubilación Convencional, en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero y su Sindicato de trabajadores, vigente entre 1 de enero de 1998 y 31 de diciembre de 1999, acuerdo que fue incorporado al proceso con las solemnidades previstas en el artículo 469 del C.S.T. (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos, págs. 46 a 121).

Ahora bien, el texto de la disposición convencional que se predica como fuente del derecho reclamado es del siguiente tenor:

*"ARTICULO 41. - PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. - A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la caja agraria, cuando cumplan 20 años de servicios a la caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios"*

*PARÁGRAFO PRIMERO.- El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicios a la institución"*

Sobre el entendimiento de la citada cláusula, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos como el aquí debatido, señaló en sentencia SL526-2018, la cual se reiteró las sentencias SL4550-2018, SL2661-2019 y SL5030-2019, que el parágrafo 1º del texto convencional aplica a los extrabajadores de la entidad, quienes en vigencia del acuerdo perdieron su condición de trabajadores activos, siempre que acrediten haber prestado 20 años de servicio, en tanto que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación. Al respecto, denotó:

*"Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.*

*Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.*

[...]

*No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.*

*Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.*

*Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el extrabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia."*

Al margen de lo anterior, y en lo que estrictamente se refiere al cuestionamiento jurídico, es claro que dicha prestación es concebida para aquellos extrabajadores que

estando vigente el acuerdo convencional perdieron su condición y cuando menos hayan laborado para la entidad 20 años de servicio, pues, la edad de 50 años, para el caso que concita la atención de la Sala, es tan solo un requisito de exigibilidad. Bajo ese presupuesto, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que el trabajador prestó sus servicios con la extinta Caja Agraria desde el 21 de enero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 22 años, 5 meses y 6 días, momento para el cual, es decir, para la fecha de terminación del laborío se encontraba vigente la cláusula 41 convencional, por lo que es evidente que tiene derecho a la prestación que demanda.

Es dable aclarar por parte de esta Sala para efectos de resolver el argumento expuesto en el recurso de apelación, que acreditado el tiempo de servicio superior a 20 años y además que se beneficiaba de los acuerdos colectivos, la actora se encuentra inmersa dentro de los supuestos de hecho que consagra la norma convencional, mismos que no se finiquitaron para el 31 de julio del 2010, ante la entrada en vigor del Acto Legislativo No. 01 reformativo del artículo 48 de la Constitución Política, pues, pese a que aquella arribó a la edad de 50 años con posterioridad a dicha calenda, esto es, el 23 de septiembre de 2011, ciertamente ya ostentaba un derecho adquirido, en tanto que al cumplir los requisitos para consolidar el derecho pensional convencional, su disfrute apenas estaba supeditado al cumplimiento de la edad.

En ese sentido, aunque es indiscutible que fue voluntad del constituyente en el citado acto legislativo que a partir de su entrada en vigor (25 de julio de 2005) no fuese posible que a través de la negociación colectiva se consagrasen en convenciones, pactos, laudos o acuerdos válidamente celebrados, condiciones pensionales diferentes o por encima de las establecidas por el legislador en las leyes que rigen el sistema general de pensiones, y las existentes se mantendrían por el término inicialmente estipulado, estableciendo que en todo caso, perderían vigencia el 31 de julio de 2010, fecha entonces a partir de la cual no resultarían aplicables, lo cierto es que, el acto legislativo no eliminó los derechos pensionales que se causaron mientras estuvo en vigencia el compendio convencional que los consagró, por tratarse de derechos adquiridos que surgieron o se causaron mientras el mismo existió en el mundo jurídico; tal es el caso que ahora concita la atención de la Sala, pues, resulta forzoso concluir que la demandante al reunir los requisitos en vigencia del convenio convencional que consagró la pensión jubilatoria mantendría su derecho adquirido, pese a la vigencia del acto legislativo, ya que se hallaba apenas a la perspectiva del cumplimiento de edad, para su exigibilidad o disfrute.

En esa medida, la sentencia atrás citada sintetizo:

*"En síntesis, y a manera de colofón, cuando la disposición convencional previó la pensión de jubilación exigiendo un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación del servidor de la entidad, sobre el supuesto de que a los que estaban vinculados similar derecho concibió, no queda duda alguna que la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho para los primeros, pues a ello solo bastaba el cumplimiento de los anteriores en el término de su vigencia, para tenerse a ésta como un mero requisito de la exigibilidad, disfrute o goce del derecho pensional.*

*Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios*

*y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010."*

De acuerdo con el anterior derrotero, no le asiste razón a la censura en el sentido de sostener que la pensión reclamada por la promotora del proceso había desaparecido del mundo jurídico ante la existencia de la preceptiva reformativa, y por el contrario, es claro que la Juez de primer grado atinó al conceder la prestación solicitada, máxime cuando aquellos requisitos para su causación no fueron objeto de controversia, esto es, el tiempo de servicios y la terminación del nexo contractual en vigencia del texto normativo, por manera que de lo anotado y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión que bien tomó el A quo.

### **Cuantía de la pensión**

La pensión de jubilación aquí reclamada debe ser pagadera en armonía a lo expresamente establecido en el artículo 41 del texto convencional, esto es, el equivalente al "75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios" y conforme al parágrafo tercero que establece:

**"Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:**

***Primer factor fijo.*** *Ultimo sueldo básico mensual más primas de antigüedad y o técnica si las estuviere devengando.*

***Segundo factor.*** *Valores variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*

*Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.*

*De la suma de estos factores se tomará el 75% establecido."*

Así las cosas, obra certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos, pág. 10), que da cuenta los factores salariales que la actora devengó durante el último año, correspondiendo a la suma de \$4.397.501, que, al dividirlo entre 12 meses, arroja un promedio base salarial de \$366.458, que, al sumarlo con el factor fijo, esto es, \$747.452, arroja un total de **\$1.113.910.**

Ahora bien, el salario establecido deberá ser indexado desde el momento en que la demandante dejó de trabajar y el cumplimiento de los 50 años conforme lo dispuso la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ del 20 de abr. de 2007, rad. 29470, y las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, para el cual deberá tomarse el IPC de la última anualidad, así:

$$VA = VH * \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$
$$VA = \$1.113.910 * \frac{73,45(IPC \text{ dic } 10)}{36,42(IPC \text{ dic } 98)}$$

**VA= \$2.246.476.92**

Una vez realizado los anteriores cálculos, encuentra la Sala que el salario promedio del último año de servicios de la accionante indexado arroja la suma de **\$2.246.476,92**, suma que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, conforme a lo indica la cláusula 41, arroja una mesada inicial para el año 2011 de **\$1.684.857,6**. Mesada que deberá pagarse en 14 mesadas al año, pues a la fecha en que se causó la pensión -27 de junio de 1999- no había entrado a regir el Acto legislativo 01 del 2005.

En esa medida, se modificará el numeral 1º de la sentencia consultada, para en su lugar condenar a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión convencional, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del **23 de septiembre de 2011**, en cuantía inicial de **\$1.684.857,6**, y en 14 mesadas pensionales.

### **Prescripción**

Ahora, la Sala se ocupará de resolver los cuestionamientos que plantea la parte actora en torno a la excepción de prescripción, la cual fue propuesta en oportunidad procesal pertinente por la parte demandada.

En esa medida, cumple recodar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

*"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."*

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, pues sin duda el demandante se ubica en los citados supuestos, ya que, aunque la exigibilidad de la prestación económica se dio al

momento en que el demandante arribó a la edad de 50 años, esto es, el 23 de septiembre de 2011, tal como se señaló, al ser la pensión convencional una prestación económica con causación periódica, debe entenderse que el término de prescripción se encuentra interrumpido con cada reclamación que realizó la actora respecto de las mesadas pensionales causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, como se indicó en la citada sentencia.

Ante este panorama, teniendo en cuenta que el derecho a la pensión convencional se hizo exigible el 23 de septiembre de 2011, y que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, operó este fenómeno para este caso en particular así:

Se tiene que la actora elevó reclamación ante Ferrocarriles Nacionales de Colombia, misma que le fue resuelta mediante Resolución No. 3292 del 1 de diciembre de 2011 (Expediente Administrativo), la cual fue confirmada mediante Resolución 1548 del 16 de mayo de 2012, por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término iba hasta la misma fecha del año 2015. Como la demanda no se presentó en ese lapso, dichas mesadas prescribieron. Ahora bien, respecto a las mesadas causadas con posterioridad al 16 de mayo de 2015, la actora apenas vino a presentar nueva reclamación el 19 de noviembre de 2019, por lo que prescribieron las causadas con anterioridad a la misma fecha de 2016, no ocurriendo lo mismo con las posteriores, pues la demanda fue presentada el 9 de diciembre del 2020, esto es, dentro de los tres años siguientes.

En esa medida, es claro que incurrió en error la sentenciadora de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada petición ante la UGPP calendada 7 de septiembre de 2018, en tanto que aquella petición no tuvo la virtud de interrumpir el término trienal que demanda las disposiciones atrás citadas, pues allí se solicitó pensión plena de jubilación más no la pensión que hoy atañe su estudio, por manera que se sigue modificar la decisión del A quo que sobre tal aspecto arribó.

### **Retroactivo pensional**

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala procederá modificar los numerales 2º y 5º de la sentencia de primer grado, para en su lugar, ordenar que el pago debidamente indexado de la pensión convencional que se haya causado debe hacerse desde el 19 de noviembre de 2016, teniendo como mesada pensional la suma de \$2.019.677,91.

### **Compartibilidad de la pensión de jubilación convencional**

Con el propósito de desatar la controversia que suscita la entidad accionada, ha de señalarse que conforme al acopio probatorio allegado al expediente se observa que a la actora le fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, pensión de vejez a partir del 23 de septiembre de 2018, mediante Resolución SUB322665 del 12 de diciembre del 2018.

En esa medida, con el fin de establecer si la pensión que le fue reconocida en este asunto al promotor del proceso es compartible o compatible con la pensión de vejez a éste reconocida por Colpensiones, cumple recordar que la compartibilidad de las pensiones se reglamentó mediante el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año, el cual en su artículo 5º, dispuso la compartibilidad de éstas y la obligación del empleador de pagar el mayor valor que resultare entre lo que venía

pagando y lo reconocido por el ente de seguridad social, así como seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte.

A su vez, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, señaló el 17 de octubre de 1985, continuarían cotizando para los seguros de vejez, invalidez y muerte al Instituto de Seguros Sociales hasta cuando sus trabajadores cumplieren con los requisitos por esta entidad exigidos para otorgar la pensión de vejez, siendo a partir de ese momento obligación del patrono, cubrir el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. Asimismo, se indicó que las pensiones serían compartidas a partir de la citada data, salvo que en el acto de origen (convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes), se estableciera expresamente la compatibilidad.

Dicho lo anterior, resulta suficiente establecer que la pensión de jubilación otorgada a la demandante es compatible con la legal de vejez reconocida por Colpensiones, caso en el cual quedaría a cargo de la enjuiciada únicamente el mayor valor si lo hubiere, en tanto que su compatibilidad no quedó expresamente señalada en el texto convencional antes citado. Por las consideraciones hasta aquí expuestas, sin dubitaciones habrá de confirmarse en este punto la sentencia de primer grado, no obstante, se modificará el numeral 3° de la decisión, en el sentido de declarar que la pensión de jubilación convencional aquí reconocida es a partir del 19 de noviembre de 2016.

### **Costas impuestas en primera instancia a UGPP**

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponerle costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales 1°, 2°, 3° y 5° de la sentencia proferida el 22 de octubre del 2021, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, los cuales quedarán de la siguiente forma:

***"PRIMERO: DECLARAR*** que la señora ***GLORIA MERCEDES VILLÁN BAUTISTA*** tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional contemplada en el parágrafo 1° del artículo 41 de la CCT suscrita entre la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO S.A. y SINTRACREDITARIO, a partir del 23 de septiembre de 2011 en cuantía inicial de ***\$1.684.857,6*** junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, la cual deberá reajustar anualmente de conformidad con la ley.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-** a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de jubilación convencional contenida en el artículo 41 de la convención colectiva suscrita entre la extinta Caja de Crédito Agrario, a partir del 19 de noviembre de 2016, en cuantía de \$2.019.677,91 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, la cual deberá reajustar anualmente de conformidad con la ley.

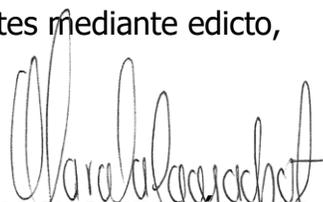
**TERCERO: DECLARAR** que pensión de jubilación convencional aquí reconocida a partir del 19 de noviembre de 2016 **es compartida** con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones para el 23 de septiembre de 2018, quedando a cargo de la UGPP, a partir de esta última fecha, sólo el mayor valor, y una mesada adicional, esto es la denominada mesada catorce por el valor completo de la mesada pensional, y así sucesivamente año a año.

**QUINTO: CONDENAR** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a reconocer y pagar la indexación sobre cada una de las mesadas pensionales causadas desde el 19 de noviembre de 2016 hasta la fecha del pago de los valores objeto de condena.”

**SEGUNDO:** En lo demás, mantener incólume la sentencia consultada y apelada.

**TERCERO: SIN CONDENAS** en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

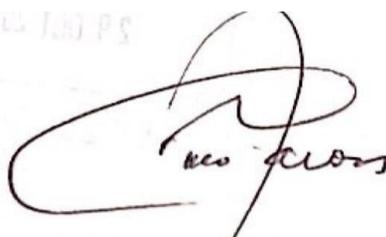
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** JOSÉ IGNACIO CHAVES GIL  
**Demandadas:** CORPORACIÓN UNIVERSITARIA MINUTO DE DIOS-  
UNIMINUTO  
**Radicado No.:** 38-2020-00272-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN PARTES –  
CONFIRMA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** José Ignacio Chaves Gil instauró demanda ordinaria contra Corporación Universitaria Minuto de Dios- UNIMINUTO, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre las partes entre el 3 de febrero al 18 de diciembre de 2016; un contrato de trabajo a término fijo de un año entre el 10 de enero de 2017 al 9 de enero de 2018, el cual se prorrogó y terminó sin justa causa legal por decisión unilateral de la empleadora el 9 de enero de 2020. En consecuencia, se condenará al pago de la indemnización por despido sin justa causa, aportes a pensión, diferencias entre los salarios devengados y los beneficios establecidos en la Resolución 1342 de 2015, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización moratoria, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, dentro del periodo comprendido del 3 de febrero al 18 de diciembre de 2016. Indicó que en su historia laboral no figuran el pago de los aportes a seguridad social de los periodos 2016-4 a 2016-6, que debieron ser efectuados por la enjuiciada. Explicó que entre las partes se celebró un nuevo contrato bajo la misma modalidad, por el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2017 al 9 de enero de 2018, el cual se prorrogó y terminó el 9 de enero de 2020. Refirió que realizó publicaciones académicas en los términos de la Resolución 1342 de 2015, sin embargo, no recibió beneficios por publicaciones contenidos en la mencionada resolución. (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda).

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que el demandante se vinculó con la

Corporación para desempeñar el cargo de profesor asociado 2, a través de un contrato de trabajo a término fijo que inició el 3 de febrero de 2016 y finalizó el 18 de diciembre de la misma anualidad en virtud del vencimiento del plazo fijo pactado. Indicó que, dada la naturaleza de la actividad desarrollada como docente, las vinculaciones tuvieron como fechas de inicio y terminación el periodo lectivo correspondiente o la necesidad puntual del servicio contratado.

Refirió que se inició un nuevo vínculo laboral el 10 de enero de 2017 y si bien se estipula en el contrato que finaliza el 17 de diciembre de 2017, mediante otrosí de fecha 30 de septiembre de 2017, las partes convinieron que el contrato se entendería suscrito desde su inicio por el término de un año, finalizando el 9 de enero de 2018, habiendo sido prorrogado, es decir, hasta el 9 de enero de 2020, mismo que terminó por el vencimiento del plazo fijo pactado. Sostuvo que de acuerdo con los lineamientos institucionales contenidos en Resolución 1342 de 2015, revisó los archivos de la Corporación y no se registraron solicitudes por las publicaciones, requisito indispensable para que opere el reconocimiento de los beneficios que contempla dicha Resolución.

Precisó que el reconocimiento de este tipo de beneficios no deriva de la relación laboral de los docentes, ni remunera la labor académica realizada en favor de la Corporación, sino que corresponde a incentivos por producciones generadas de manera independiente por los profesores, bien sea en revistas nacionales indexadas, internacionales, o por publicación de libros científicos, textos universitarios, divulgación, entre otros, en los que no interviene. Agregó que cumplió con las obligaciones que le competían en su calidad de empleador respecto de los aportes a seguridad la seguridad social del actor, realizando cotizaciones correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2016, sin embargo, por un error administrativo, al momento de diligenciar el tipo de documento, se escogió "cédula de ciudadanía" y no "cédula de extranjería" que es la que corresponde al actor.

Indicó que solicitó tanto a Colpensiones -a quien le fueron cancelados los aportes-, como a Colfondos -AFP ante la cual el colaborador se encuentra afiliado en la actualidad-, el ajuste de las cotizaciones. En su defensa propuso la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y como de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, compensación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF CONTESTACIÓN DEMANDA JOSÉ IGNACIO CHAVES GIL VS. UNIMINUTO).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 15 de octubre de 2021, en la que el fallador condenó a la enjuiciada a pagar con destino a la AFP Colfondos, los aportes pensionales causados para los ciclos de abril a junio de 2016, los que deberán ser depositados a entera satisfacción de la AFP, autorizando a la demandada, para que adelante gestiones judiciales o administrativas que estime pertinentes, respecto de Colpensiones para obtener, eventualmente, el reembolso de los valores pagados irregularmente con destino a una persona que no era su trabajador.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, en primer término, indicó que no es objeto de controversia que entre las partes existió dos contratos de trabajo a término fijo, independientes entre sí, cuya duración definida quedó establecida, para el primero de ellos entre el 3 de febrero al 18 de diciembre de 2016, mientras que el segundo, desde el 10 de enero al 17 de diciembre de 2017, el cual fue modificado en cuanto al plazo inicial por acuerdo de voluntades, fijando su término para el 9 de enero de 2018, mismo que fue prorrogado para la vigencia del 10 de enero de 2018 al 9 de enero de 2019 y mediando una segunda prórroga del 10 de enero de 2019 al 9 de enero del 2020.

Sobre el extremo final de la relación laboral sostuvo que se dio con fundamento en la comunicación del 15 de noviembre de 2019, mediante la cual la demandada le informó al actor que su contrato de trabajo terminaría el 9 de enero del año 2020. Frente a este punto aclaró que, aunque aquel manifestó que su vínculo laboral habría tenido una tercera prórroga que se cumpliría desde el 10 de enero del año 2020 hasta el 9 de enero del año 2021, no obstante, dada la comunicación emitida por su empleador, evidencia que el nexo contractual término en la citada data, misma que se ajusta a las previsiones del artículo 46 del CST.

Aclaró que en el plenario no milita prueba idónea tendiente a probar que en efecto tal comunicación del mes de noviembre de 2019 haya sido de alguna manera reversada por la enjuiciada, sin que de manera alguna sirva para dicho efecto el audio de WhatsApp, ya que no se sabe la persona que hizo la manifestación, además, por cuanto en ella no se hace alusión a que se haya retraído la determinación de finiquitar el vínculo laboral. Agregó que, si bien fue allegada certificación laboral, cuyo extremo final se anotó cómo enero del año 2021, no evidenciaba comunicación tendiente a dejar sin efecto el aviso de finalización del vínculo laboral o a lo sumo que el trabajador haya continuado con la prestación del servicio.

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que se cumplieron con los presupuestos de los artículos 46 y 61 del CST, sostuvo que no había lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa. En lo que hace al pago de aportes pensionales de los ciclos de abril a junio de 2016, expuso que, si bien hubo un error de la encartada al realizar las cotizaciones, en tanto que lo hizo sobre un ciudadano distinto al actor, y aquella ha realizado gestiones tendientes a remediar tal situación, no obstante, consideró que todavía no obraba en la cuenta de ahorro individual los citados aportes, razón por la cual debía condenar su pago.

En lo atinente al pago de las diferencias salariales derivadas de la Resolución 1342 de 2015 sostuvo que la persona beneficiaria de dichos emolumentos debe ostentar la condición de profesor de planta que hayan sido escalafonados, no obstante, consideró que el actor no tiene derecho a incentivos adicionales a los que habrían sido reconocidos en virtud de su vinculación laboral, aclarando, que tales aspectos no constituyen salario en los términos del artículo 128 del CST, imponiéndose por tanto su absolución. (Expediente electrónico, audio 13AudienciaSentenciaParteB20211015).

#### **4. Impugnación y límites del ad quem.**

**4.1. Parte demandante.** Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación indicando que la demandada certificó la extensión o vigencia de la relación del contrato de trabajo al 9 de enero de 2021, sin que haya hecho gestiones, para dejar sin efectos tal certificación. Indicó que sobre el valor de las certificaciones laborales la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el juez debe tener por cierto el contenido de aquellas, por manera que se debe tener en cuenta lo certificado, a más porque dejó sin efecto cualquier otra comunicación que hubiese enviado anteriormente.

Expuso que tal aspecto fue corroborado por el audio de la plataforma WhatsApp, que señalaba que la relación laboral terminó en dicha data y que iniciaba el 10 de enero de la misma anualidad, razón por la cual considera que el nexo contractual terminó sin justa causa mediante comunicación del 27 de diciembre de 2019, momento en el cual el actor se encontraba vinculado, dada la renovación de este. Sobre los pagos de los beneficios derivados de las publicaciones en revistas o libros aludió a que debieron ser reconocidos, toda vez que la publicación se hizo en el año 2019, cuando se encontraba vigente el

vínculo laboral, en tanto que aquel terminaba en el año 2020. (Expediente electrónico, audio 13AudienciaSentenciaParteB20211015).

**4.2. Parte demandada.** En su alzada esgrimió que no existió omisión en el pago de los aportes pensionales a favor del actor, tampoco mala fe, en tanto que se hicieron los pagos a nombre del demandante, pero por error se cambió el tipo de cédula de ciudadanía, realizando acciones tendientes para efectuar la modificación e imputación de pagos de los aportes a la cuenta pensional, razón por la cual considera que no es viable la condena.

(Expediente electrónico, audio 13AudienciaSentenciaParteB20211015).

## **5. Alegatos de conclusión.**

**5.1. Parte demandante.** Indicó que el A quo no tuvo en cuenta que la enjuiciada certificó el 16 de diciembre de 2019 la extensión de la vigencia de su contrato laboral hasta el día 9 de enero de 2020, dejando sin efectos cualquier otra comunicación que se hubiese enviado anteriormente y reafirmando lo informado actor mediante mensaje audio del 4 de diciembre de 2019 donde el empleador le refirió acerca de su voluntad de continuar con el contrato de trabajo que habían suscrito las partes.

Esgrimió que, aunque la accionada consignó la suma de \$8.093.272 a la cuenta Bancaria del actor, por concepto de liquidación laboral, sin embargo, señaló que algunas de estas obligaciones no han sido cumplidas legalmente por la institución. Dijo que hay lugar a los emolumentos establecidos mediante la resolución rectoral No. 1342 de 2015 por la cual se reglamenta beneficios otorgados a los profesores de la Corporación por la publicación de artículos científicos. Expuso que el pago de los aportes a pensiones de los periodos correspondientes a 2016-4 a 2016-6 con destino a Colfondos S.A. es una obligación que no ha sido cumplida por la demandada, además, que hay lugar a la indemnización moratoria.

**5.2. Parte demandada.** Alegó en su favor que la condena impartida en primera instancia resulta del todo excesiva y lesiva de los intereses de la corporación al obligársele a pagar aportes que fueron efectuados en vigencia de la relación laboral del demandante y asumir el reconocimiento de unos intereses moratorios sobre aportes ya pagados y que de hecho estaban siendo revisados por los fondos de pensiones para realizar las imputaciones respectivas.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿Fue acertada o no la interpretación que el A quo hizo del artículo 46 del CST, al señalar que no operó la prórroga automática por un año respecto del contrato que finalizó el 9 de enero del 2020, dada la comunicación adiada 15 de noviembre de 2019, mediante la cual se avisó de la terminación del vínculo laboral?
- (ii) ¿El actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, así como a los incentivos económicos a las publicaciones académicas producto de investigación y creación artística, derivado de la prórroga de su contrato de trabajo?

- (iii) ¿Es procedente ordenar la reliquidación de pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensión?

### **Relación laboral, sus extremos, modalidad y duración**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del A quo en torno a la existencia de la relación laboral derivada de dos contratos de trabajo, cuyos extremos temporales corresponden, el primero de ellos desde el 3 de febrero al 18 de diciembre de 2016; mientras que el segundo a partir del 10 de enero al 17 de diciembre de 2017, el cual se prorrogó del 10 de enero de 2018 al 9 de enero de 2019 y a partir de aquella data hasta el 9 de enero de 2020. Tampoco la labor de director de programa académico que ejerció el actor, ni el salario devengado. Inferencias que sin duda no fueron recurridas por las partes, además, se corroboran con los contratos de trabajo, otrosí (Expediente electrónico, PDF CONTESTACIÓN DEMANDA JOSE IGNACIO CHAVES GIL VS. UNIMINUTO, págs. 21 a 30) y liquidación de prestaciones sociales Expediente electrónico, PDF CONTESTACIÓN DEMANDA JOSE IGNACIO CHAVES GIL VS. UNIMINUTO, págs. 33 y 34).

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Corporación, es determinar si el contrato de trabajo vigente entre el 10 de enero al 17 de diciembre de 2017 se prorrogó por tercera vez, pues aduce la censura que la comunicación 15 de noviembre de 2019, mediante la cual su empleador aviso de la no prórroga del vínculo laboral, no surtió efectos dada la certificación laboral emitida el 16 de diciembre de 2019, según la cual el promotor del litigio estuvo laborando a favor de la enjuiciada desde el 10 de enero de 2017 al 9 de enero de 2021, aspecto que advierte fue corroborado por el audio enviado a través del aplicativo de mensajería WhatsApp.

Debe decirse de manera preliminar que el contrato de trabajo a término fijo, tiene unas características notables que los hacen diferentes de las demás modalidades. Su término de duración, naturalmente, es una condición preponderante en su distinción; razón por la cual, además, de constar por escrito, en él debe indicarse la voluntad de las partes de someterlo o ejecutarlo dentro de un tiempo previamente convenido, pudiendo prorrogarse de acuerdo con las hipótesis legales previstas, sin que por ello pierda su esencia ni cambie la modalidad de indefinido, a menos que así lo dispongan las partes antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, cambiando la modalidad y duración del contrato de trabajo.

Es por ello que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido su postura en determinar que el contrato de trabajo a término fijo, *"goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 Ibídem, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios."* (SL15610-2016)

Así, véase cómo el legislador realiza este tipo de vinculación laboral, al otorgarle como unas de las formas de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., lo cual no se equipará al despido sin justa causa.

Esbozados como se encuentran los aspectos normativos sustanciales y jurisprudenciales aplicables al caso, esta Sala, evidencia que, en lo atinente a los reproches relacionados con el término de duración del contrato y el preaviso, las pruebas precedentemente reseñadas demuestran que entre la enjuiciada y el trabajador demandante existió un contrato de trabajo a término fijo del 10 de enero al 17 de diciembre de 2017, que después

del vencimiento de este plazo se prorrogó en dos oportunidades mediante la suscripción de otros sí, así: (i) del 10 de enero del 2018 al 9 de enero de 2019, y (ii) del 10 de enero de la citada anualidad al 9 de enero de 2020.

Teniendo presentes las anteriores premisas, no encuentra este Tribunal que el Juez de primera instancia haya incurrido en algún yerro al concluir que el plazo para la comunicación de no prórroga fue acatado por parte de la pasiva, pues al contabilizar la última prórroga del contrato de trabajo, es decir, 10 de enero de 2019 al 9 de enero del 2020, resulta claro que el plazo para avisar por escrito a la trabajadora la determinación de no continuar el contrato, tenía como fecha límite el 11 de diciembre de 2019 y la comunicación del empleador tuvo lugar el 19 de noviembre de 2019, resultando oportuna en aras de evitar una nueva prórroga de la relación laboral.

En ese sentido, basta con decir que el aviso al trabajador sobre la finalización del contrato de trabajo surtió los efectos pretendidos, los cuales, no pueden ser desestimados por el hecho de que el empleador haya certificado que el actor se encontraba vinculado desde el 10 de enero de 2017 al 9 de enero de 2021, si se tiene en cuenta que su verdadera intención, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no era la de continuar con el vínculo laboral, sino, por el contrario, terminarla, intención esta que estuvo presente y se materializó, pues a partir de allí el promotor del juicio dejó de prestar sus servicios, aspecto que se corrobora mediante correo electrónico calendado del 27 de diciembre de 2019, en el que el empleador le puso de presente lo siguiente:

*"(...) me permito usar este medio electrónico dado que usted salió del país desde el 2 de diciembre a un evento académico y continuó con sus vacaciones programadas que finalización el 8 de enero de 2020 y no fue posible tomar contacto de manera directa con la decana Elena Herrera para darle esta información de manera personalizada, este correo tiene como fin comunicarle que su contrato laboral a término fijo que se encuentra vigente y finaliza el día 9 de enero de 2020 no será renovado, finalizando como se le notificó en la carta de preaviso que usted recibió y acepta conocer con el recibido de la misiva donde se le informa el plazo fijo pactado del contrato."*

En esa medida, aunque las certificaciones se deben tener como un hecho cierto, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también lo es que la demandada cumplió con la carga de probar lo certificado, de cara a la carta de finalización del laborío y el mensaje de datos, medios de convicción de los cuales se extrae que la enjuiciada no pretendió dar continuidad al nexo contractual previamente pactado. En este punto, a propósito del recurso de apelación, debe señalarse que nada demuestra el audio contentivo del mensaje de datos enviado por la aplicación WhatsApp, pues nada se indica sobre el ánimo del empleador de darle continuidad a la relación, tal como lo anotó el cognoscente de primer grado.

Bajo lo dicho, debe precisar la Sala que las causales de terminación del contrato de trabajo son taxativas y están contempladas en el artículo 61 ibídem, conllevando a que por la modalidad del nexo existente entre las partes, la causal referida por la demandada en la comunicación del 19 de noviembre de 2019, para dar ruptura del nexo, se enmarque dentro de éstas, por tanto, la desvinculación se torna en legal y justa, lo que implica que el demandante no tenga derecho al reconocimiento de la respectiva indemnización conforme al artículo 64 *ejusdem* como pretende.

Ahora, teniendo en cuenta que no salieron avante las pretensiones relacionadas con la prórroga del contrato de trabajo y la indemnización por despido sin justa causa, el reproche dirigido a que se revoque la absolución de los incentivos económicos sobre las publicaciones académicas producto de investigación y creación artística seguirá su misma

suerte, como quiera que la petitoria se encontraba edificada sobre la prosperidad y reconocimiento de la primera de ellas.

### **Aportes al subsistema de seguridad social en pensiones**

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone la recurrente, quien aduce que se debe absolver a la encartada del pago de aportes al Subsistema de Seguridad Social en pensiones, considera la Sala que atinó el juez primigenio cuando impuso su condena, en la medida que, si bien se realizaron unos pagos, no se hizo a nombre del trabajador hoy demandante y, por tanto, no se encuentran en su cuenta individual de ahorro. Así las cosas, frente a este punto de apelación, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

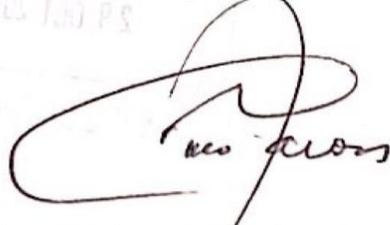
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MIGUEL CÁRDENAS APARICIO  
**Demandadas:** JULIO ENRIQUE GARCÍA BERNAL Y OTROS  
**Radicado No.:** 36-2014-00712-01  
**Tema:** CONTRATO REALIDAD- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – CONFIRMA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Miguel Cárdenas Aparicio instauró demanda ordinaria contra Julio Enrique García Bernal, Gonzalo García Gutiérrez, Magdalena Clopatofsky de Borda, Tatiana Rosa de la Asunción Clopatofsky de Gutiérrez, Laura Román Gaitán, María del Carmen Arias, Carlos Andrés González Arias, David Felipe Kleefeld Cuartas, Cristina Román Gaitán, Myrian Beatriz Cañizares Prato, Harold Zúñiga, Fernando Restrepo Uribe, Ana Constanza Pinzón Méndez, Elvira Marcela Pinzón Méndez, Jael Quiroga Carrillo, Rafael Gómez Serrano y solidariamente a Zúñiga Cañizares S. en C.S. e Inversiones Pinzón Méndez Limitada, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo y, en consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago de subsidio de transporte, auxilio de cesantía y sus intereses doblados, prima de servicios, vacaciones, trabajo suplementario, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que actualmente trabaja a favor de los codemandados, quienes son residentes de un mismo bien inmueble, desempeñando el cargo de guarda de seguridad y conserje desde el 17 de febrero de 1993, devengando en la actualidad la suma de \$1.070.000. Expuso que trabaja horas extras, dominicales y festivos, además, que sus empleadores no lo han afiliado al sistema de seguridad social, ni ha cancelado auxilio de transporte, prestaciones sociales y vacaciones. (Expediente electrónico, PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 1, págs. 79 a 89 y 02. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 2, pág. 402).

### 2. Contestación de la demanda.

**2.1. Tatiana Rosa de la Asunción Clopatofski de Gutiérrez y Magdalena Clopatofsky de Borda.** Al contestar la demanda se opusieron a la prosperidad de las

pretensiones, esgrimiendo que no se encuentra en discusión que entre el actor y el Edificio Monteverde ha existido una vinculación de naturaleza laboral, además, que en virtud de dicho nexo contractual le han sido canceladas la totalidad de acreencias laborales causadas a su favor. En lo atinente a los hechos señalaron ser ciertos los enlistados en los numerales 1º, 2º y los demás indicaron no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, compensación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe y genérica. (PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 1, págs. 213 a 224. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 2, págs. 213 a 215).

**2.2. David Felipe Kleefeld Cuartas.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que de conformidad con el acervo allegado al proceso por las codemandadas Tatiana Rosa de la Asunción Clopatofski de Gutiérrez y Magdalena Clopatofsky de Borda, se encuentran aportados los recibos de pago al demandante, donde se encuentra incluido el auxilio de transporte, de allí que no se le deba ningún valor. En relación con los hechos, señaló ser ciertos el 1º y 2º, y los restantes manifestó no constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 1, págs. 412 a 423)

**2.3. Inversiones Pinzón Méndez Limitada, Elvira Marcela Pinzón Méndez y Ana Constanza Pinzón Méndez.** Se opusieron a la totalidad de pretensiones tanto declarativas como condenatorias señalando que en la actualidad al actor mensualmente le pagan la suma de \$1.254.000, suma destinada a cubrir, entre otros conceptos, el pago de salario mínimo mensual legal vigente y auxilio de transporte. Indicaron que al demandante por concepto de cesantías se le hicieron abonos por valor de \$2.700.000, además, ha cancelado prima de servicios y vacaciones, en razón a que presta sus servicios para algunos de los demandados, en el Edificio Monteverde, como "celador". Propuso como excepciones de fondo las de pago, cobro de lo no debido, pago de lo no debido, compensación, responsabilidad limitada de la parte pasiva y buena fe. (PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 1, págs. 460 a 471 y 486 a 497)

**2.4. Rafael Gómez Serrano y Jael Quiroga Carrillo.** Al contestar la demanda se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que entre las partes no ha existido ninguna relación de índole laboral; no aceptaron ningún hecho y en su defensa propusieron las excepciones de mérito que denominó inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación por pasiva, buena fe, inexistencia de deudas laborales a cargo de la demandada y genérica. (PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 2, págs. 1 a 4 y 84 a 87)

**2.5. María del Carmen Arias.** En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; no aceptó los hechos y en su defensa expuso que jamás celebró contrato de trabajo y por lo tanto no es la empleadora del demandante. Expuso que no es residente de un mismo inmueble como lo menciona el actor, toda vez que se trata de una propiedad horizontal constituida por varios apartamentos de diferentes propietarios. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de título y causa para pedir. (PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 2, págs. 163 a 171, 190, 191 y 417)

**2.6. Carlos Andrés González Arias.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que entre las partes jamás celebró contrato de trabajo y por lo tanto no es el empleador del demandante. Esgrimió que es hijo de una de las propietarias de los apartamentos, y para la fecha en que se dice que fue contratado el actor, era menor de edad. Refirió que actualmente no es residente del

inmueble y en su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de título y causa para pedir, y genérica. (PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 2, págs. 178 a 184 y 417)

**2.7. Julio Enrique García Bernal, Gonzalo García Gutiérrez, Laura Román Gaitán, Cristina Román Gaitán y Fernando Restrepo Uribe.** A través de curador ad litem se opusieron a las pretensiones del escrito genitor, aduciendo que no le consta la presunta relación laboral entre las partes. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe y genérica. (PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 2, págs. 394 a 399)

**2.8. Zúñiga Cañizares S. en C.S., Harold Zúñiga Dishington y Myrian Beatriz Cañizares Prato.** En autos calendados del 16 de marzo de 2017 y 22 de febrero de 2018, se tuvo por no contestada la demanda. (PDF 01. Expediente digitalizado 2014-00712 Cuaderno 2, págs. 186, 187 y 255)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 28 de octubre de 2021, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal decisión, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante sostiene con los demandados desde el 17 de febrero de 1993 y en virtud del mismo, si le asiste derecho a las acreencias reclamadas en el libelo primigenio. Con tal propósito, citó los artículos 23, 24 del CST y 167 del CGP, así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que conforme al acervo probatorio se logró demostrar que los hoy demandados son propietarios de los bienes inmuebles ubicados en el Edificio Monteverde PH y que alguno de los demandados aceptaron que el actor prestó sus servicios en el citado edificio como "celador", precisando que no les constaba cual era el extremo inicial, por cuanto aquellos adquirieron los inmuebles cuando el promotor ya laboraba en la copropiedad.

Refirió que el demandante viene prestando sus servicios de forma personal, bajo la continua subordinación y percibiendo un salario por parte del Edificio Monteverde PH, además, infirió del caudal de las pruebas que el contrato laboral no lo es con los aquí demandados, sino, directamente con la copropiedad, quien en efecto venía cancelando los salarios al trabajador acorde con los desprendibles de pago, por manera y conforme lo confesó el propio demandante en el interrogatorio de parte, quien daba las órdenes eran quienes fungen como administradores de la propiedad horizontal.

Agregó que la existencia de la copropiedad se encontraba demostrada con las escrituras públicas y los certificados de tradición y libertad allegados al cartapacio, razón por la que el Edificio Monteverde PH al ser una persona jurídica, distinta a los propietarios del inmueble, debió demandarse a la citada y no a estos últimos. Así las cosas, concluyó que debía absolver a los codemandados de las prestaciones de la demanda, con fundamento en lo anteriormente dicho. (Expediente digitalizado, audio 01. Audiencia 28.10.2021 - 2014-00712)

#### **4. Alegatos de conclusión.**

**4.1. María del Carmen Arias y Carlos Andrés González Arias.** Alegaron en su favor que con el actor jamás existió una relación laboral, pues no se cumplieron los requisitos establecidos en el artículo 23 del CST.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿Los señores Julio Enrique García Bernal, Gonzalo García Gutiérrez, Magdalena Clopatofsky de Borda, Tatiana Rosa de la Asunción Clopatofsky de Gutiérrez, Laura Román Gaitán, María del Carmen Arias, Carlos Andrés González Arias, David Felipe Kleefeld Cuartas, Cristina Román Gaitán, Myrian Beatriz Cañizares Prato, Harold Zúñiga, Fernando Restrepo Uribe, Ana Constanza Pinzón Méndez, Elvira Marcela Pinzón Méndez, Jael Quiroga Carrillo y Rafael Gómez Serrano, fungen como empleadores del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- (ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario, si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio y la responsabilidad solidaria de Zúñiga Cañizares S. en C.S. e Inversiones Pinzón Méndez Limitada.

### Relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con los demandados tiene lugar desde el 17 de febrero de 1993, vínculo que actualmente se encuentra vigente. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, los demandados Inversiones Pinzón Méndez Limitada, Elvira Marcela Pinzón Méndez, Ana Constanza Pinzón Méndez, David Felipe Kleefeld Cuartas, Tatiana Rosa de la Asunción Clopatofski de Gutiérrez y Magdalena Clopatofsky de Borda, señalaron que el vínculo laboral existente es con el Edificio Monteverde PH; mientras que los señores Julio Enrique García Bernal, Gonzalo García Gutiérrez, Laura Román Gaitán, Cristina Román Gaitán y Fernando Restrepo Uribe, esgrimieron la inexistencia del vínculo laboral y por la misma razones se opusieron a la declaratoria del contrato de trabajo.

La Juzgadora de primer grado sobre tal aspecto indicó que, de cara al acervo probatorio, el verdadero empleador del actor es el Edificio Monteverde PH, como persona jurídica y

quien sería la llamada a responder por las obligaciones de estirpe laboral que se esbozaron en el libelo primigenio, debiéndose por tanto absolver a los demandados de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra.

Bajo ese contexto, es pertinente destacar por la Sala que el actor no allegó medio de convicción tendiente a demostrar que prestó sus servicios en favor de las personas naturales codemandadas, pues sobre este aspecto únicamente se adosó los folios de matrícula inmobiliaria de los apartamentos que componen el Edificio Monteverde PH, que, si bien prueba los bienes de dominio particular que conforman la persona jurídica de la propiedad horizontal, empero, no tienen la virtud de probar la prestación personal del servicio a favor de los propietarios precisamente de esa copropiedad.

En esa medida, advierte la Sala ningún yerro cometió la Juez de primer grado al descartar que los aquí demandados actuaron como verdaderos empleadores del demandante, al punto que tampoco obtuvo una inferencia equivocada al concluir que el promotor de la litis prestaba sus servicios personales a favor del Edificio Monteverde PH, persona jurídica que lo contrató para desempeñar actividades de vigilancia dentro del mismo y quien realizaba pagos como contraprestación a la labor desempeñada, de cara a lo que informan los citados certificados de tradición y libertad, en conjunto con la misma confesión que realizó el actor y los comprobantes de pago allegados por los demandados.

En efecto, el señor Miguel Cárdenas Aparicio indicó cuando surtió el interrogatorio de parte, que trabaja en el Edificio Monteverde PH, siendo contratado por la señora Ana Josefa García Benítez en calidad de administradora de dicha copropiedad, recibiendo por parte de los administradores órdenes, además, pagos quincenales y algunas sumas por concepto de auxilio de cesantía y prima de servicios. Aspecto que se verifica de los comprobantes de pago que fueron arrimados por las codemandadas Tatiana Rosa de la Asunción Clopatofski de Gutiérrez y Magdalena Clopatofsky de Borda, que dan cuenta de las sumas canceladas al actor.

De esta suerte, la Sala no vislumbra que la Juzgadora incurriera en un desacierto al entender que se instauró la acción legal en contra de unas personas que no fungieron como empleadoras del aquí actor y, en este punto, cumple destacar que esta Corporación no comparte la afirmación del trabajador cuando señala que el Edificio Monteverde PH no es una persona jurídica y, por tanto, tampoco susceptible de ser llamada a juicio, pues contrario a lo dicho esta se constituyó como tal, según las previsiones de las leyes 182 de 1948, 16 de 1985 y 675 de 2001 y las Escrituras Públicas núm. 820 del 5 marzo de 1976, 2016 del 13 de septiembre de 1977 y 5032 de 1974, mediante las cuales se conformó como propiedad horizontal y se realizó su reglamento y reformas, misma que aún se mantienen.

En hilo de lo expuesto, si lo que pretende el actor es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que al no demostrarse que el actor hubiese prestado los servicios personales para ellos, tampoco es dable presumir la relación laboral subordinada entre el actor y los enjuiciados, en armonía al artículo 24 del CST, por lo que es claro que debe absolverse a los demandados, tal como lo dedujo la juez primigenia, de allí que no le quede otro camino a esta Sala que confirmar la sentencia de primer grado.

### **Costas**

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

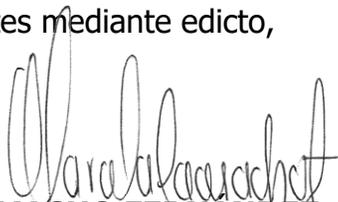
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

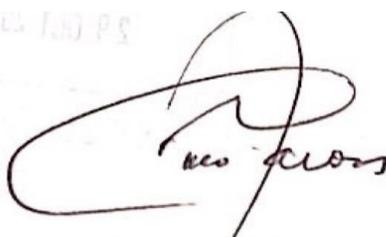
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** JUAN FERNANDO GRACIA NAVARRETE  
**Demandadas:** COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.  
**Radicado No.:** 01-2018-00591-01  
**Tema:** TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN-  
CONFIRMA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Juan Fernando Gracia Navarrete instauró demanda ordinaria contra Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A., con el propósito de que se declare que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa y de manera unilateral por la empresa demandada y, por tanto, es ineficaz. En consecuencia, se disponga a su favor el reintegro al mismo o mejor cargo al que desempeñaba al momento del despido; pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir entre la fecha del despido y la data en que se verifique el reintegro. Como pretensiones subsidiarias solicitó el pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 24 de octubre de 2014, devengando como último salario la suma de \$3.281.000, más comisiones, para un total de \$5.200.000 aproximadamente. Refirió que desempeñó el cargo de Coordinador Atención Integral y en tal calidad desde enero y hasta abril de 2018, presentó reiterados correos a sus superiores informando respecto de las dificultades presentadas en el área a su cargo y peticionando apoyo para su solución. Adujo que fue citado a descargos el 15 de junio del 2018, sin que le dieran a conocer las pruebas con las cuales se pretendía justificar el llamado a descargos y posterior despido.

Indicó que la justa causa del despido no fue debidamente comprobada por el empleador, además, en diligencia de descargos no reconoció culpa alguna respecto de las inconsistencias consideradas por la empresa y, por el contrario, explicó sobre las circunstancias que se le indago, más sin embargo fue despedido el 15 de junio del 2018. Expuso que frente a tal determinación presentó recurso de apelación, sin embargo, fue

ratificada por la enjuiciada. Agregó que la accionada quebrantó sus derechos de defensa, debido proceso y contradicción, toda vez que no le entregó prueba alguna de lo que se le acusaba, además, por cuanto el mismo día se desarrolló los descargos y el despido, sin corroborar o garantizar la revisión de sus manifestaciones. Explicó que cumplió con las políticas generales de la empresa y en todo caso la conducta descrita en la carta de finalización del contrato laboral no generó ningún perjuicio o impacto negativo hacia a la empresa. (fols. 70 a 78).

**2. Contestación de la demanda.** Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, esgrimiendo que la terminación del contrato de trabajo se produjo con justa causa imputable al actor, teniendo en cuenta las varias faltas a sus obligaciones laborales en que incurrió, mismas que luego de ser investigadas de manera detallada, fueron relatadas, con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar en la carta fecha 15 de junio de 2018. Frente a los supuestos de hecho aceptó la existencia de la relación laboral y sus extremos, y en lo demás indicó no constarle o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de falta de causa, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 14 de octubre de 2021, en la que el fallador declaró que el contrato que vinculó al actor con la sociedad enjuiciada finalizó unilateralmente y sin justa causa por decisión unilateral del empleador y, en consecuencia, condenó a su reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST.

En lo que interesa a los recursos de apelación propuestos, en primer término, indicó que en el asunto no se hallaba en discusión la existencia del contrato, tampoco su carácter ni sus extremos, ello en atención a que la accionada así lo aceptó. En tal virtud, tuvo como problema dilucidar si la conducta imputada al actor está acreditada como justa causa, para dar por terminado el vínculo laboral. Así las cosas, para desatar dicha controversia, se refirió al material probatorio arrimado al proceso, para precisar que el señor Gracia Navarrete no contaba con el personal suficiente para atender las necesidades del centro de atención y ventas del Cav Santa Barbará, situación que en reiteradas oportunidades puso en conocimiento de su superior y para lo cual no tuvo una respuesta favorable.

Apreció de los correos electrónicos allegados al plenario, que el promotor de la Litis le dio a conocer a su empleador que no contaba con personal suficiente para atender las necesidades de Cav, debido a las renunciadas e incapacidades de sus asesores, lo cual afectaba la calidad de servicio. Preciso que, si bien sobre los testigos se propuso tacha por sospecha por parte de la demandada argumentando imparcialidad por el hecho de ser compañeros de trabajo y adelantar acciones en contra de la encartada, no obstante, consideraba que tal calidad no determinaba la falta de parcialidad en su dicho y por el contrario reflejaba veracidad en la medida que conocían directamente sobre los hechos debatidos.

Así, expuso que de lo narrado por los deponentes podía verificar que el actor no incurrió en la comisión de una conducta reprochable, de tal suerte que se cae de su propio peso el motivo por el cual se sustentó la justa causa, para configurar el despido, además, por cuanto dichas situaciones se encontraban avaladas por la enjuiciada en sus reglamentos, ya que imponían la atención de clientes incluso por personal tercerizado.

Tras lo anterior, se propuso a dilucidar lo relacionado frente al reintegro pretendido y sobre este aspecto esbozo que en el plenario brilla por su ausencia medio de convicción que acredite que la cónyuge o compañera permanente del actor al momento del despido, se encontraba carente de vínculo laboral y, por tanto, sujeto de especial protección, lo

que conllevó a impartir absolución sobre este aspecto y acceder a la pretensión subsidiaria relacionada con la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, ante el despido sin justa causa.

Frente a la indemnización moratoria deprecada adujo que como quiera que en el interrogatorio de parte rendido por el demandante se afirmó que la convocada a la terminación del vínculo laboral liquidó y canceló en su integridad prestaciones sociales y salarios, debía absolver de esta pretensión. (Cd. a fol. 129)

#### **4. Impugnación y límites del ad quem.**

**4.1. Parte demandante.** Inconforme con la decisión el actor formuló recurso de apelación señalando que existen otras causales que pueden llevar a la ineficacia del despido y el consecuente reintegro a su lugar de trabajo, como es el actuar de mala fe que ejerció la enjuiciada al finalizar el contrato de trabajo, pues actuó con abuso del derecho. De otro lado, sostuvo que respecto de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, si bien le cancelaron salarios y prestaciones sociales, no obstante, dada la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, se abstuvo desde el año 2018 hasta la fecha de pagar la indemnización derivada del citado despido, de manera que, ante su mala fe, se encontraba en mora. (Cd. a fol. 129)

**4.1. Parte demandada.** En su alzada esgrimió que el A quo basó su decisión en el hecho de que en las políticas y las pruebas documentales aportadas en el proceso existe un cierto aval por parte de la empresa, para que el personal tercerizado realice la manipulación y el uso del digiturno, aspecto que justificaría la falta imputada al actor, no obstante, consideró que de haber revisado el numeral 3º de dichas políticas, hubiera llegado a la conclusión de que *“una cosa es decir que el personal de servicio tercerizado está en la capacidad de orientar al cliente, como si lo dice la política, y otro muy diferente es que esa persona pueda manipular el tótem y pueda validar el motivo de la visita del cliente y brindarle la orientación y direccionamiento necesario, pues esa actividad que implica necesariamente la manipulación del tótem, únicamente está en cabeza de asesores de servicio y consultores integrales.”*

Explicó que, con base en ello y de cara a las funciones del actor, era responsabilidad de aquel la verificación de que el tótem estuviese manipulado única y exclusivamente por las personas que establece la política, es decir, asesores de servicio y consultores integrales, por manera que la decisión de permitir que un tercero manipule el tótem afectó la imagen de la compañía. Indicó que el hecho de que el vigilante manipulara el dispositivo, conlleva a que la empresa no tuviera conocimiento de la ausencia de personal, pero, en todo caso la falta de personal no es justificación para que se incumpla con el procedimiento establecido por la encartada. Por último, refirió que el A quo debía aceptar la tacha de los testigos, por el hecho de que aquellos tenían procesos en contra de la sociedad llamada a juicio. (Cd. a fol. 129)

#### **5. Alegatos de conclusión.**

**5.1. Parte demandante.** Dentro del término dispuesto para tal fin, la parte no presentó alegatos de conclusión.

**5.2. Parte demandada.** En su escrito alegó en su favor que el último cargo desempeñado por el actor fue el de coordinador de servicio personalizado a clientes, asignada al CAV (Centro de Atención y Ventas) en Santa Bárbara, de tal manera que el principal rol dentro de la empresa era el de *“Administrar y supervisar la operación del CAV a su cargo, evaluando la gestión para optimizar los recursos, garantizando el cumplimiento de las*

*normas, procedimientos y políticas definidas, con el fin de cumplir los niveles de servicio establecidos en cada CAV'*

Indicó que sobre las faltas cometidas el 9 de mayo de 2018 en el CAV, el digiturno/tótem estaba siendo manipulado directamente por los clientes, sin contar con un anfitrión que atendiera las solicitudes del cliente previo a la toma de turno, además, que el 11 de mayo del mismo año los turnos estaban siendo entregados por personal de un tercero que brinda servicios de seguridad al CAV. Refirió que las partes calificaron desde el inicio de la relación laboral que el incumplimiento de los manuales, políticas y demás normas establecidas, constituye una falta grave, razón por la cual no le era dable al A quo calificar la gravedad de la conducta como lo hizo erróneamente.

Esbozó que no está probado que para las fechas en que el actor cometió cada una de las faltas endilgadas, había carencia de personal, pues la prueba indica que dicha ausencia existió en fechas anteriores y además que fue subsanada o solucionada con el envío de personal, entre otros con la remisión de aprendices del SENA. Consideró que no hay lugar a condena alguna en su contra.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste al trabajador derecho al reintegró como lo propone el demandante o en forma subsidiaria a la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., como lo impuso el A quo?
- (ii) ¿Es viable impartir condena sobre la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., ante la falta de pago a la terminación del contrato de trabajo de la indemnización por despido sin justa causa?

### **Contrato de trabajo, salario y sus extremos**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco la labor de Coordinador Atención Integral ejercida por el accionante, ni que aquel devengó a la finalización del contrato de trabajo la suma de \$4.931.195; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo (fols. 100 a 103); carta de terminación del contrato de trabajo (fols. 44 a 47) y liquidación definitiva de prestaciones sociales (fol. 104).

### **Despido sin justa causa**

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si en efecto debe revocarse la condena respecto del pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del CST, pues aduce la apelante que el sentenciador primigenio incurrió en un desatino al pasar por alto que el trabajador incumplió con sus obligaciones a cargo, en tanto que permitió que el digiturno/tótem fuese manipulado directamente por la persona que realiza labores de vigilancia en el Cav Santa Bárbara, y no por el consultor de servicios o

consultores integrales, quienes tienen la labor de realizar la función de anfitrión; aspecto que considera la censura que de haber sido apreciado por el A quo, le hubiera permitido confirmar la justa causa que se invocó en la terminación del contrato de trabajo.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, a folios 44 a 47 del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en los numerales 2º, 4º y 6º del literal A del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST, concordante con los numerales 1º y 5º del artículo 58 de la misma norma sustantiva, numerales 1º, 5º, 13º y 23º del artículo 44 y literal d del artículo 50 del Reglamento Interno de Trabajo. Decisión que obedeció a un presunto incumplimiento de las responsabilidades asignadas a su cargo como Coordinador Atención Integral, en tanto omitió las políticas y procedimientos establecidos para la atención de clientes, ya que según informe del área de Seguridad y conforme al video tomado en Cav Santa Barbara del 9 de mayo de 2018, evidenció que los turnos de atención estaban siendo entregados por personal que brinda servicios de seguridad al Cav, además, por cuanto el digiturno/tótem (AT) se hallaba abandonado, sin contar con un anfitrión que atendiera a los usuarios.

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajador los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con la citación y descargos realizados por la empleadora, además, en la investigación interna que derivó en el informe del área de Seguridad, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

A folio 40 del expediente obra citación a rendir descargos del 14 de junio de 2018, cuyo fin fue la de escuchar las explicaciones del trabajador frente a la posible responsabilidad disciplinaria en la omisión a las políticas y procedimientos de la compañía, según video tomado en Cav y el informe expedido por el área de Seguridad, en que se indicó:

*"Al parecer omitió su deber de asegurar que en el CAV Santa Barbara (Hogares) se sigan las políticas y procedimientos establecidos para la atención de clientes, pues fue posible evidenciar que:*

- *En fecha 09 de mayo de 2018m se evidencio que los turnos de atención estaban siendo entregados por personal de un tercero que brinda servicios de seguridad al CAV.*
- *En fecha 09 de mayo de 2018, el digiturno/Tótem (AT) estaba solo, sin tener un anfitrión que atendiera a los usuarios."*

Con tal propósito, a folios 41 a 43 del cartapacio el actor aportó al plenario el acta de descargos rendido, donde le fue indagado respecto de las situaciones fácticas que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogado sobre los hechos que originaron la presunta irregularidad, explicó el procedimiento que se adelanta frente a la atención de clientes y reconoció su obligación de velar y garantizar que dentro del sitio de trabajo se cumplan con todos los procedimientos, directrices y políticas establecidas por la empresa llamada a juicio.

Frente a los hechos acontecidos el 9 de mayo de 2018, de entrada, puso en evidencia la falta de personal del Cav para atender al usuario, haciendo alusión a que los pocos trabajadores *"se dejan en el área de servicio y el filtro lo hago yo o nos apoyamos con las personas que estén en la oficina"*; aspecto que en varias oportunidades dio a conocer, al punto que envió correo electrónico solicitando personal necesario con el fin de brindar el servicio que demandan las citadas políticas.

Agregó que en el plan de trabajo que entregó a su empleador, expuso la falta de personal y, por ende, la necesidad de apoyarse con personal de seguridad y copromotor de tecnología, para hacer el respectivo filtro, más aún cuando el cliente *"se pone molesto, grosero y violento porque no se atiende, porque hay 3 personas y no puedo darme el lujo que un asesor esté parado entregando turnos y no que atiendá"*. Aceptó que el personal de seguridad colabora entregando el turno, en tanto que son diligentes con la atención, pero negó que hubiera les asignado esa actividad, reiterando que *"ellos cuando ven que no hay nadie en el filtro ellos proactivamente lo hacen para colaborar, y si no son ellos estoy yo en el filtro. Pero no es una actividad que les asigne como tal"*.

Ahora, al plenario se allegó además, la declaración del señor Carlos Andrés Cañón Lara (gerente nacional de tiendas), testigo de la parte demandada, quien indicó que el actor hacía parte de los coordinadores de los centros de atención y ventas de Telmex en ese entonces, y al tener tal calidad debía propender porque dentro del Cav se cumplan los procedimientos, protocolos y políticas definidas por la compañía, para la gestión de clientes y atención de solicitudes asociados a los procesos comerciales de esos puntos. Dijo que dentro de la sociedad existe un procedimiento que define el protocolo en la atención de clientes, así como el manual de operación del Cav, los cuales, cuyo cumplimiento debe velar el coordinador. Explicó que en los centros de atención al cliente existe un orientador o anfitrión de servicios que es la persona que da la bienvenida al cliente, pregunta sobre el trámite o asunto por el que se acerca al punto y registra la solicitud en el tótem de turno, para que arranquen los tiempos de espera. Aclaró que el orientador es el consultor, de manera que el cliente una vez llegue a la barra de atención, es atendido por el consultor quien realiza y finaliza el trámite o proceso requerido.

Frente a las solicitudes de personal que tiene el coordinador del Cav, el citado testigo expuso que aquél al inició de la atención debe ingresar al sistema los recursos con que cuenta la operación, lo cual le permite saber a la compañía las necesidades del punto y si requiere apoyó o refuerzo alguno. Explicó que los vigilantes tienen como función la seguridad y protección del Cav, de manera que no pueden entregar digiturnos, además, porque el orientador es la imagen de la empresa y quien debe garantizar por la efectiva prestación del servicio. Señaló, que el uso de los digiturnos directamente por parte del cliente genera retroceso en la prestación del servicio, aunado a que afecta el modelo de atención al cliente.

También se escucharon en el diligenciamiento a los señores German Andrés Puentes Escobar (compañero de trabajo y coordinador de atención integral) y Richard Morales Obando (compañero de trabajo y coordinador de atención integral), testigos de la parte demandante.

El primero de los declarantes refirió que las funciones del coordinador de atención integral es la de gerenciar los centros de atención y venta, brindar atención al cliente, ventas, administrar personal, manejo y cumplimiento de indicadores, tanto de ventas, como de servicios, entre otras cuestiones. Expuso que el actor informó a su empleador la falta de personal dentro del Cav, cuestión que era masiva en todos los puntos de atención al cliente, al punto que tuvo que prestarle asesores al señor Gracia Navarrete, debido a la falta de personal. Indicó que la enjuiciada, para atender dichos requerimientos solo decía que se encontraba en capacitación e inducción del nuevo personal, proceso que duraba cerca de 2 meses. Refirió que el personal de vigilancia tenía como función la seguridad del Cav, quienes no tenían acceso a la malla de turnos, tampoco debían realizar labores de entrega u orientar a los clientes, dado que la persona idónea para realizar la función de anfitrión es el asesor de servicio.

Aclaró que en ocasiones el personal de vigilancia realizaba el rol de anfitrión, cuando observaba que en el digiturno no se encontraba el orientador, razón por la cual, el día de los hechos, la persona de seguridad realizó tal gestión, pues el demandante no tenía suficientes asesores de servicio que lo apoyaran con dicha actividad, aspecto que le constaba debido a que todos los coordinadores mantenían comunicación permanente a través de las plataformas digitales, además, por los correos electrónicos que enviaban requiriendo personal, los comités y juntas que se efectuaban dentro de la empresa.

A su turno el señor Richard Morales Obando reiteró lo antes dicho por el señor German Andrés Puentes Escobar, sin embargo, agregó que el demandante remitió informes sobre las personas que presentaban ausentismos o estaban incapacitados, aspecto que le constó, además de la falta de personal y los requerimientos a su empleador sobre la necesidad de contar con personal suficiente.

En ese sentido, al analizar las declaraciones de los testigos atrás señalados, se observa que refirieron con claridad cuáles eran tareas que debía desempeñar el actor, aduciendo que aquél era quien lideraba y coordina el centro de atención y ventas, cuyas funciones radicaban principalmente en las de propender por el cumplimiento de las políticas, procedimientos en la atención de solicitudes bajo el canal presencial y la operación de atención a clientes, dentro de las cuales estaba la de disponer un anfitrión (asesores de servicio / consultores integrales), quién valida el motivo de la visita del cliente, brinda orientación y direccionamiento necesario, y la generación de un turno en caso de que así requiera.

Ahora, pese a que la parte demandante y los testigos afirmaron coincidentemente que debían contar con un anfitrión en el centro de atención y ventas, según las políticas generales de la compañía, aspecto, que según informa el área de Aseguramiento Servicio y Control Calidad y Experiencia, no se cumplió el 9 de mayo de 2018, dado a que un usuario hizo uso del digiturno sin el acompañamiento del consultor integral o asesor de servicio, mientras que, en otro, el vigilante entregó el turno al usuario del Cav, sin que fuese su labor, hecho que tampoco el trabajador desconoció; lo cierto es que el actor no contaba de tiempo atrás con el personal suficiente, para atender las necesidades de los clientes, de allí que dicha circunstancia no le permitiera garantizar, con la idoneidad, eficiencia y calidad requerida, la atención al cliente dentro del Cav, ni mucho menos en el marco de las directrices que debían seguirse para el correcto servicio, tal como lo coligió el juez de primer grado, pues así se extrae del haz probatorio allegado al diligenciamiento.

Nótese, como los testigos informaron de la necesidad y de los múltiples requerimientos que realizó el promotor del litigio al empleador, con el fin de que le facilitara trabajadores que le permitieran realizar con efectividad la labor dentro del Cav. A lo que se suman los correos electrónicos allegados por el demandante al proceso, que dan cuenta sobre los requerimientos elevados, la escasez de personal y la imperiosa necesidad de contar con el personal, para la efectiva atención a los usuarios.

Y es que al detener la mirada sobre los correos electrónicos- que valga decir cumplen con los parámetros normativos para ser valorados como medios de prueba, en tanto que aquellos no solo permiten identificar su autoridad, iniciador y firma, en términos de la Ley 527 de 1999, sino, porque detallan que fueron impresos en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, de conformidad con el artículo 247 del CGP, a más de que en momento oportuno nunca se alegó que se le hayan hecho supresiones, cambios, alteraciones o adiciones, suplantación de alguna firma o en su defecto hayan sido tachados de falsos, de manera que conforme a lo dispuesto en el artículo 244 del mismo estatuto procesal ha de tenerse en cuenta como documentos auténticos-, se puede observar que detallan sin dubitación alguna que día antes el desahucio laboral el actor puso en conocimiento de la empresa la falta de personal y las implicaciones que tendría esta situación para el mes de mayo de 2018, sobre el Cav:

*"acudo a ustedes ya que la situación de dimensionamiento para Mayo del Cav Hacienda es crítica, adjunto cuadro donde aparecen los 12 asesores de dimensionamiento, cual fue la situación del Cav en abril cuál sería para Mayo (...). Hay que tener en cuenta que aquí no se reflejan incapacidades, compensatorios, etc. Por lo que solicito su apoyo indicándome concretamente quién y en qué fecha hay programado personal para Cav Hacienda y en que podrían ayudarnos para enviar personal prestado de otros Cav ya que estos nos afectan en nivel de servicio, Mystery y NPS (...)"* (fol. 39)

De ahí que para la Sala sea evidente que, la falta de personal, en forma directa repercutió en la atención al usuario del Cav, por manera que no le era dable a la encartada endilgarle responsabilidad al promotor de la Litis, cuando el usuario tomó por cuenta propia el turno o en la medida que el personal de vigilancia apoyó la atención primigenia que debía hacerse al cliente.

En este punto, a propósito de los reproches que hizo la enjuiciada sobre el juez de primer grado, tiene razón al señalar que, para la correcta ejecución de las políticas establecidas en el Centro de Atención y Ventas, se requiere que el Cav cuente con personal en rol anfitrión, que solo prestan los asesores de servicio o consultores, según el numeral 3° del Manual Políticas Operación Cav Claro – Políticas Generales, empero, se equivoca cuando aduce que el guarda de seguridad carecía de idoneidad o facultad de orientar al cliente correctamente, en tanto que si se revisa con detenimiento tal disposición, es claro que dentro de la estructura del personal Cav se encuentra como personal tercerizado el vigilante, quien obligatoriamente debe contar con capacidad de orientar al cliente hacia la persona que puede resolver su necesidad, así como cumplir con el protocolo de atención, según el numeral 2° de las políticas generales de la encartada. De ahí que la Sala encuentre justificación para que el personal de vigilancia haya asegurado la atención del usuario el 9 de mayo de 2018, de cara al protocolo o política que se tiene para tal fin.

Además, también desacierta la enjuiciada cuando dice que erró el cognoscente de primer grado, al no tener por probada la tacha que se hizo a los testigos German Andrés Puentes Escobar y Richard Morales Obando, pues, contrario a lo argüido, para la Sala aquellos no tuvieron un interés inclinado a beneficiar la causa del actor, ya que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja.

Sobre este aspecto, cumple recordar que el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Es decir, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Así, es claro que la circunstancia de que los declarantes sean o no compañeros de trabajo del demandante o hayan iniciado acción legal contra la enjuiciada, no es suficiente para tenerlos como interesados en el proceso, pues se requiere de otros elementos que demuestren su parcialidad, mismos que en el presente asunto no se encuentran acreditados, pues no son contradictorios en su dicho, además, se hallan respaldados por las pruebas documentales aportadas al plenario, y que en líneas atrás fueron expuestas. A lo que se suma, fueron trabajadores y compañeros de labor del demandante y, por ende, fueron testigos de los hechos, coligiendo que también desempeñaron el mismo cargo del actor, por lo que nadie mejor para dar cuenta de las situaciones fácticas expuestas y que controvierte las partes.

De allí que este colegiado difiera respecto de la tacha propuesta y, por tanto, no encuentre que el Juzgador incurriera en un desacierto al entender que por la condición de compañeros de trabajo se conociera de las condiciones reales en que finalizó el vínculo laboral del actor, máxime cuando dieron cuenta sin contradicciones que el trabajador carecía del personal suficiente, para garantizar una atención efectiva y de calidad dentro del Cav, acorde con las políticas de la empresa, lo cual es coherente con los demás elementos de prueba allegados al cartapacio.

Con todo lo anterior, para la Sala es claro que acertó el Juez de primer grado cuando dijo que no se encontraba demostrada la justa causa endilgada en la carta de terminación del vínculo laboral al actor, pues, a raíz de la deficiencia de personal le era improbable cumplir con las políticas de la empresa sobre la calidad en la atención a clientes. De ahí que el usuario haya hecho uso del tótem sin el acompañamiento respectivo o que el guarda de seguridad hubiera tenido que orientar al cliente con la entrega del turno.

En esas condiciones, la Sala confirmará en lo que hace a este punto de apelación la sentencia confutada.

### **Reintegró laboral**

Frente a esta inconformidad es preciso señalar que no obstante de haberse declarado la terminación de la relación sin justa causa, la Sala no puede acceder al reintegro laboral, en la medida que no existe norma legal o extralegal que consagre tal afecto, además, por cuanto a que el despido, por sí mismo, no es una sanción disciplinaria, o por lo menos así no se halla demostrado en el plenario, que haga necesariamente procedente el reintegro deprecado. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5627-2021, reiteró una vez más lo siguiente:

*"Así pues, encuentra la Corporación que el problema a resolver radica en determinar si el Tribunal se equivocó al declarar improcedente el reintegro, al argumentar que no existía norma legal o extralegal que lo consagrara, o si por el contrario, era viable, conforme a lo previsto en el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*La preceptiva citada reza:*

**ARTÍCULO 115. PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES.** *Antes de aplicarse una sanción disciplinaria el empleador, debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. **No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite.** (Destaca la Sala).*

*A no dudarlo, la regla jurídica transcrita constituye el fundamento jurídico que daría lugar a la ineficacia de la terminación del contrato, y por contera, a la reinstalación del trabajador a sus labores con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales.*

*Sin embargo, con insistencia ha adoctrinado esta Corporación que el despido, por sí mismo, no es una sanción disciplinaria que requiera de un procedimiento previo, a menos que el empleador así lo contemple en sus reglamentos, o que las partes lo convengan a través de la negociación colectiva, contrato de trabajo o cualquier otro pacto expreso."*

Por lo expuesto, al no encontrar fundamento jurídico para acceder al reintegro deprecado, siendo nulo esfuerzo probatorio para así demostrarlo por parte del actor, es claro que la sentencia impugnada debe mantener incólume, pero por las razones que aquí se esgrimen, que son totalmente diferentes a las del cognoscente de primer grado y guardan consonancia con el libelo introductor.

### **Indemnización moratoria**

De la misma suerte correrá la pretensión relacionada con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, no solo porque el demandante procura introducir una nueva pretensión en el recurso de apelación, bajo un argumento que no está relacionado en la demanda, tal y con acierto lo señala el apoderado judicial de la demandada, sino, además, por cuanto esta solo procede por falta de pago de salarios y prestaciones sociales al momento del finiquito de la relación laboral, y no por la falta de pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Con todo lo anterior, no otra decisión habrá que adoptarse más que la de confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

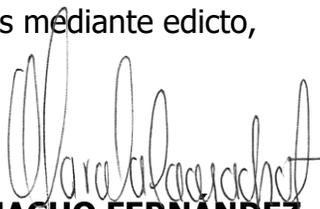
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado  
**(Salva voto parcial)**

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** GEORGE BRIAN TOVAR GARCÍA  
**Demandadas:** CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. – CIAC S.A.  
**Radicado No.:** 37-2019-00135-01  
**Tema:** CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDANTE – REVOCA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** George Brian Tovar García instauró demanda ordinaria contra Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. – CIAC S.A., con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de noviembre de 2014 al 28 de julio de 2016, para desempeñar el cargo de gestor de proveedores y gestor contractual. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de salarios, auxilio de cesantías y sus intereses doblados a título de sanción, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, aportes al sistema de seguridad social, indemnización moratoria prevista en el parágrafo 1° del artículo 65 del CST, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios a favor de la demandada de manera personal e ininterrumpida, a partir del 10 de noviembre de 2014 y hasta el 28 de julio de 2016, prestación que se realizó bajo la suscripción de 5 contratos de prestación de servicios. Expuso que durante el tiempo que laboró desempeñó el cargo de gestor de proveedores y gestor contractual, recibiendo como último salario la suma de \$2.317.500. Indicó que dejó de prestar sus servicios de manera personal a la demandada el 28 de julio de 2016, por decisión unilateral de ésta.

(fols. 5 a 16).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (fol. 99); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

**3. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no existió una relación laboral

entre el contratista y la entidad. Frente a los supuestos fácticos afirmó que los contratos de prestación de servicios no fueron ininterrumpidos, en tanto que fueron desarrollados en las siguientes fechas:

- 10 de noviembre a 31 de diciembre de 2014.
- 20 de enero al 31 de marzo de 2015.
- 14 de abril al 15 de julio de 2015.
- 27 de julio al 31 de diciembre de 2015.
- 14 de marzo al 28 de julio de 2016.

Expuso que el actor no cumplió con un horario determinado, ni exigido por su contratante, además, que como contrista sus obligaciones fueron supervisadas por el jefe de la división de ventas y servicios, sin embargo, tenía plena autonomía e independencia para su cumplimiento, incluyendo las de proyectar documentos para la firma del jefe de la división. En su defensa propuso la excepción de mérito que denominó inexistencia del vínculo laboral. (fols. 191 a 194).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 29 de octubre de 2021, en la que el fallador declaró probada la excepción de inexistencia del vínculo contractual y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal decisión, en primer término, indicó que debía proponerse verificar si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral desde el 10 de noviembre de 2014 al 28 de julio de 2016. Con tal propósito, hizo alusión a lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, para precisar que, dada la primacía de la realidad sobre las formas, al actor le corresponde probar la prestación del servicio y a la demandada desvirtuar la subordinación jurídica. Estimó que la prestación personal del servicio no se hallaba en discusión, en tanto que dicho aspecto se encontraba aceptado por la encartada, quien afirmó la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios bajo los ritos de la Ley 80 de 1993.

En lo atinente a la presunción legal se remitió a los medios de prueba obrantes en el proceso y con ello significó que la primera contratación realizada se ajustó a las particularidades en que puede ser celebrado el contrato de prestación de servicios, pues advirtió la necesidad de su contratación, así como la carencia de personal al interior de la entidad para su ejecución. Expuso que dicha labor se realizó por un específico periodo de tiempo, razón por la cual se sujetó al cumplimiento de los requisitos legales contemplados en la Ley 80 de 1993.

Agregó que frente a la ejecución de la labor de gestor contractual no advirtió la injerencia en su desarrollo que pueda calificarse como subordinación jurídica y aunque si bien recibió requerimientos de parte del jefe inmediato, no obstante, entendió que *"su motivación, sujeta a órdenes verbales con autoridad son común en la disciplina militar que para el que no está acostumbrado a ello, puede ser calificado como no adecuado, como creo ocurrió con las testigos, pues el hecho de realizar requerimientos verbales en tonos castrenses, no significa que no se pueda tener una buena relación laboral de lo que se evidencia, entonces, que no surge acreditada allí una contradicción."*

Destacó que esos requerimientos verbales corresponden a llegadas tardes del demandante, aspecto que no puede comprenderse como una afectación de su autonomía, ya que fue una costumbre del actor sus llegadas tardías y por fuera del horario que se manejaba en la entidad, sin que se le impusiera por ello una sanción por dicha conducta. Infirió que existió autonomía en el desarrollo de las funciones, en tanto que solo contaban con un filtro en operaciones grandes, más allá de que debían ser aprobadas por el coronel

Peña que como revisor final, actuación que se encuentra ajustado a la supervisión del contrato.

Indicó que la contratación se dio en virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1990, dado a su conocimiento especializado y capacidad organizativa de la documentación, labor que no se ejecutaba en la entidad por la planta de personal, sumado al hecho que se dio dentro de un marco justificable de tiempo que permite advertir que no se hizo un trato abusivo de periodo de su celebración. (Cd. a fol. 388).

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión el **actor** formuló recurso de apelación indicando que se encuentran demostrados los elementos del contrato de trabajo, ya que no fue desvirtuada la presunción del artículo 24 del CST. Expuso que, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas, no basta con manifestar que existió un contrato de prestación de servicios, como lo hizo el A quo, para derruir la presunción que pesa en contra de la encartada. Indicó que en dichos contratos se puede leer casi que un manual de funciones que denotan la inexistencia de autonomía e independencia en el servicio que se contrató.

Expuso que no existió autonomía e independencia, ya que el actor no tenía ningún conocimiento específico ni experticia sobre los proveedores de la industria aeronáutica, como para que se le diera libremente la facultad de realizar bases de datos, de allí que se le dieran lineamientos por su jefe inmediato. Refirió que cumplió horarios de trabajo y con las directrices que aquel le impartió, además, le fue dado elementos de trabajo, correo institucional y carnet.

Agregó que los testigos dieron fe de la subordinación a la que estaba supeditada, de manera que la presunción legal no fue desvirtuada. Reiteró que no fue un abogado experto en gestión contractual, por lo que todo lo que proyectaba requería de vistos buenos, autorizaciones y validaciones por su jefe inmediato. (Cd. a fol. 388).

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandada.** Alegó en su favor que el proceso de vinculación para el caso en concreto corresponde al propio de un contrato de prestación de servicios con los soportes que así lo justifican, en una actividad nueva y temporal en apoyo a la creación de la base de proveedores que, como lo mencionó en su testimonio de Alexander Peña Cristancho, correspondió a la organización de datos de más de 2000 proveedores y posteriormente en apoyo en la gestión contractual, particularmente del contrato que la CIAC S.A. suscribió con la Policía Nacional y que implicó un aumento temporal en la actividad del área correspondiente.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿La Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. – CIAC S.A., fungió como empleadora del actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

- (ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo genitor.

### **Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba la demandante**

Cumple recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la administración pública a la celebración de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad contratante, exigiendo para su celebración, que dichas actividades no puedan realizarse por el personal de planta y que requieran de conocimientos especializados; casos en los cuales no se generará ningún tipo de relación laboral, ni de prestaciones sociales, por lo que el contrato se deberá celebrar por el término que sea estrictamente indispensable.

Ahora, el contrato de trabajo a la luz de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2127 de 1945, se entiende como aquella *“relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquella cierta remuneración.”*

Así mismo, dicho decreto en su artículo 2° señala que para que se configure una relación de índole laboral, se deben concurrir tres presupuestos:

- 1) actividad personal del trabajador;
- 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponer un reglamento, dar órdenes y vigilar su cumplimiento;
- 3) Un salario como retribución del servicio.

Reunidos estos tres presupuestos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el patrono, tampoco por las modalidades de la labor, el tiempo que en su ejecución se invierta, el sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, ni del sistema de pago o de cualquier otra circunstancia, tal como lo dispone el artículo 3° de la mencionada normatividad.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, oportunidad en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; señaló cuales eran las **características del contrato de prestación de servicios** y sus diferencias con el contrato de trabajo; *indicando que la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta o cuando sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional*, prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, ***debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico***, pues esta característica constituye el elemento esencial de dicho contrato y significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del contrato y la realización de la labor.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se presume la existencia de contrato de trabajo entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe y aprovecha, correspondiéndole a este último desvirtuar la presunción. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente, que las actividades no podían desarrollarse con el personal

de planta o que las labores contratadas requerían de conocimientos muy especializados que hicieran imperioso aplicar la modalidad contractual regida por la Ley 80 de 1993, ello con miras de derribar la presunción antes señalada. Lo anterior, no solo porque así lo establece la norma, sino, porque existe precedente constitucional vinculante al respecto y mediante el cual se expone que toda prestación de un servicio personal se presume que está regida por un contrato laboral; sin embargo, dicha presunción puede ser desvirtuada por el empleador siempre y cuando se acredite, que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial, sin que para **ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente, tal y como lo fue señalado en sentencia C-665 de 1998.**

Dicha presunción al igual tiene pleno respaldo en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a propósito, en sentencia SL11896-2017, en la que explicó:

*"Para que en un juicio laboral se pueda afirmar la existencia de un contrato de trabajo, se requiere que esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, así como también la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo. No obstante, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, no es necesaria la acreditación de la citada subordinación con la producción de la respectiva prueba, pues en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST, y que en nuestro caso por tratarse de un trabajador oficial corresponde al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual enseña: "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción".*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que del haz probatorio adosado al plenario, se desprende, sin lugar a equívocos, que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del señor EGeorge Brian Tovar García a favor de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. – CIAC S.A., a través de los contratos de prestación de servicios, que dan cuenta que aquél prestó sus servicios durante el periodo y actividad que se relaciona a continuación:

No. Contrato	Fecha Inicial	Fecha Final	Valor
<b>OBJETO:</b> PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO PARA EL REGISTRO Y ORGANIZACIÓN DOCUMENTAL DE LAS DISTINTAS EMPRESAS AERONÁUTICAS QUE OPTEN POR SER PROVEEDORES DE LA CIAC S.A.			
143086240 - VCOSTOCIAC	10/11/2014	31/12/2014	\$ 2.400.000
<b>OBJETO:</b> APOYO PARA CONSOLIDAR, ORGANIZAR, ARCHIVAR, CLASIFICAR Y CUSTODIAR LA DOCUMENTACIÓN DE PROVEEDORES, DE ACUERDO CON EL REGISTRO Y EVALUACIÓN DE PROVEEDORES AERONÁUTICOS Y DEMÁS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS RELACIONADAS CON EL ÁREA			
150096853 - VCOSTOCIAC	20/01/2015	31/03/2015	\$ 3.600.000
<b>OBJETO:</b> APOYO PARA CONSOLIDAR, ORGANIZAR, ARCHIVAR, CLASIFICAR Y CUSTODIAR LA DOCUMENTACIÓN DE PROVEEDORES, DE ACUERDO CON EL REGISTRO Y EVALUACIÓN DE PROVEEDORES AERONÁUTICOS Y DEMÁS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS RELACIONADAS CON EL ÁREA			
150917815 - VCOSTOCIAC	14/04/2015	31/12/2015, PERO TERMINÓ EL 15/07/2015	\$ 12.600.000
<b>OBJETO:</b> GESTOR CONTRACTUAL APOYANDO EL CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LOGÍSTICA DE ADQUISICIONES EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA CORPORACIÓN Y ASIGNADOS POR EL SUPERVISOR DEL CONTRATO			
151979060- A010202	27/07/2015	31/12/2015	\$ 12.375.000
<b>OBJETO:</b> GESTOR CONTRACTUAL PARA EL CONTROL, SEGUIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ASIGNADOS POR EL SUPERVISOR DEL CONTRATO			

No. Contrato	Fecha Inicial	Fecha Final	Valor
1607012121-A010202	14/03/2016	31/12/2016, PERO TERMINÓ EL 28/07/2016	\$ 22.150.665

También se verifica de los citados nexos contractuales que el actor se obligó entre otras cosas a:

- **Apoyo para el registro y organización documental**

1. Consolidar y custodiar en debida forma la documentación necesaria para el registro de proveedores.
2. Requerir de forma oportuna la documentación necesaria y suficiente para tramitar las distintas evaluaciones de orden técnico económico y jurídico.
3. Solicitar la creación como tercero y registro de proveedores solo cuando el potencial proveedor cumpla con los requisitos mínimos descritos en el manual de registro o cuando su registro esté supeditado a una autorización expresa por parte del jefe de ventas y servicios o subgerencia.
4. Cumplir con los procedimientos del Grupo de Gestión Contractual.

- **Apoyo para para consolidar, organizar, archivar, clasificar y custodiar la documentación de proveedores**

1. Recepcionar y organizar en carpetas, en forma de libro la documentación de cada proveedor para la inscripción, renovación, actualización y cancelación de proveedores.
2. Escanear, mantener al día y ordenar alfabéticamente el archivo físico y virtual de cada proveedor.
3. Foliar los documentos para la transferencia, según la vigencia documental al archivo de la CIAC.
4. Dar Cumplimiento a los estamentos referentes al archivo de la documentación.
5. Tramitar los documentos con cada comité evaluador a las áreas correspondientes.
6. Cualquier otra responsabilidad relacionada con su objeto contractual que le sea asignada por el supervisor del contrato.
7. Portar los elementos de identificación empresarial que le asigne el contratante.
8. Hacer uso de los elementos de protección personal en el desarrollo y cumplimiento de sus actividades.
9. Responder por el inventario de los muebles, enseres, bancos y herramientas entregados por la CIAC S.A. para el cumplimiento de actividades.
10. Responder por el cumplimiento a los planes de mejoramiento y planes de acción del sistema integrado de Gestión de Calidad.
11. Cumplir con el objeto del contrato con plena autonomía técnica, administrativa y bajo su propia responsabilidad.
12. Cualquier otra responsabilidad relacionada con su objeto contractual que le sea asignada por el Supervisor del contrato.

- **Gestor Contractual**

1. Tramitar todos los requerimientos derivados de los contratos asignados por el supervisor del contrato, enterándose de los procesos, procedimientos y en general de la normatividad interna de la corporación y en especial del Grupo de Gestión Contractual, para ejecutar sus actividades estrictas y conforme con lo allí señalado.
2. Controlar la entrega de los bienes y/o servicios dentro del plazo previamente establecido por las partes. En el caso de existir retrasos en la entrega, adoptar las medidas necesarias para evitar el incumplimiento del mismo.
3. Ejercer las actividades como supervisor administrativo de los contratos que le sean asignados por el supervisor del contrato.
4. Registrar en el sistema las actividades relacionadas con el contrato, con el fin de evidenciar el avance en tiempo real.
5. Evidenciar cualquier incumplimiento o modificación a las condiciones del contrato, participar y aportar en la evaluación de proveedores información referente a su desempeño que sea conocida dentro del ejercicio de actividad (presentación de la documentación, oportunidad en la firma de aceptaciones, trámite de modificaciones, cumplimiento de pedidos, cancelación de ítems, calidad de elementos, oportunidad en la facturación, etc.
6. Presentar todas las recomendaciones necesarias en forma oportuna para mejorar continuamente.
7. Presentar informes periódicos sobre la ejecución y novedades de los contratos asignados.
8. Velar por el mejoramiento continuo de los procesos y procedimientos de los contratos asignados.
9. Mantener actualizado el expediente contractual de cada proceso, archivando, y foliando la documentación que soporte el contrato, en el que se evidencie el seguimiento y ejecución al mismo.
10. Entrega semanal vía electrónica y mensual de forma física, del estatus de cada contrato.
11. Diligenciamiento permanente de la Matriz de Seguimiento Contractual a cada uno de los contratos asignados por el supervisor.
12. Controlar de manera eficiente el diferencial cambiario de cada contrato asignado en dólares.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del gestor de la litis al servicio de Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. – CIAC S.A., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual, de entrada, se advierte que no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la pasiva desde la contestación de demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor George Brian Tovar García ejecutó sus labores a través de un contrato de prestación de servicios como tampoco que aquel consintió en la citada modalidad de vinculación, si en cuenta se tiene que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que el promotor de la Litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra; ante tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con

el elemento de la subordinación jurídica. Lo anterior además, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar que la labor ejecutada por el actor no se ejecutó de manera autónoma e independiente, pues en perspectiva de verificar si había sido desvirtuada la presunción, se escuchó el testimonio allegado por la demandada, que de entrada, para la Sala no cuenta con la fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que es beneficiario el gestor del proceso, de allí que también se evidencie el error en que incurrió el cognoscente de primer grado, cuando consideró la existencia de un vínculo de carácter civil entre las partes.

Conclusión a la que arriba luego de escuchar la declaración del señor Alexander Peña Cristancho, el cual, lejos está de servir para colegir que los servicios prestados a favor de la entidad se caracterizaron por su independencia y autonomía, pues su dicho únicamente se centró en que el actor laboró a través de contrato de prestación de servicios, sin embargo, no explicó circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta que la labor ejercida a favor de la enjuiciada en verdad se hacía en forma autónoma e independiente en los aspectos técnicos, administrativos y directivos.

Dicho deponente narró que el actor estuvo vinculado primeramente para actividades de gestión de proveedores y posteriormente para participar en la gestión contractual de la actividad, siendo su supervisor, en tanto que fue jefe de la división. Expuso que el señor Tovar García cumplió con obligaciones en su carácter de contratista, teniendo en cuenta que la entidad carecía de registros de proveedores, de manera que la primera actividad que ejerció fue la de construir tal registro, consistente en relacionarse con los proveedores, obtener de aquellos documentación legal y formal, para conformar una carpeta física con los datos obtenidos, labor que adujo podía ejecutar sin tener el título de abogado.

Con posterioridad, en la gestión contractual, explicó que el demandante controlaba en un equipo de trabajo, el desarrollo y seguimiento del contrato que a su vez tenía la compañía con la Policía Nacional de Colombia. Manifestó que la compañía tiene un manual de procedimientos, razón por la cual debía estarse al texto, además, que las actividades del actor se realizaban en las instalaciones de la compañía, y a pesar de que no tenía un horario definido, debía cumplir con sus compromisos diarios, quincenales y mensuales. Refirió que intentaban hacer reuniones semanales, para anunciar políticas, eventos, triunfos o preocupaciones, a los que la mayoría de los contratistas asistían. Expuso que la gestión documental no existía en la entidad, no obstante, después de que el actor dejó de prestar el servicio, la actividad continuó en la sociedad; en lo que hace a la gestión contractual indicó que había dos técnicos, más no personal profesional, de ahí que se requiera el rol que ejerció el actor. Refirió que las actividades han sido una necesidad imperativa de la entidad, aunado a que el actor debió asistir a entrenamientos particulares, como el ISO, en tanto que había que darle herramientas para su correcta gestión, además del correo institucional y carnet de identificación.

Del anterior relato, emerge evidente que el Juez de primer grado se equivocó al colegir la naturaleza civil del vínculo entre las partes y la falta de subordinación ejercida sobre el promotor del proceso. De hecho, es tan notorio el desatino en que incurrió al dejar de un lado las declaraciones de las señoras Yenni Lorena Infante García y Lisette Carolina Navarro Malagón, cuando lo manifestado por ellas arroja notas distintivas de un escenario totalmente opuesto a la autonomía que se pretende demostrar en la prestación de los servicios del actor a favor de la enjuiciada.

Lo anterior, por cuanto aquellas relataron que la labor ejecutada por el actor no se hacía en forma autónoma e independiente, dando fe de que éste desempeñaba su labor

mediante estricta coordinación, programación, horario, cantidad de trabajo y supervisión de la pasiva. Relato que se opone a la inferencia del A quo, dado que explicaron que las actividades desplegadas por el promotor de la Litis estaban atadas a las órdenes que impartía el señor Alexander Peña Cristancho, a quien le debía presentar informes, pedir permisos, autorizaciones e instrucciones. Así mismo, expusieron que el demandante tenía un horario, lo amonestaban verbalmente por sus constantes retrasos, llegando a trascender a los gritos; además, fueron uniformes en señalar que el señor Tovar García debía reponer sus turnos ante ausentismos, los cuales requerían de autorización de su jefe inmediato. Reiteraron la existencia de llamados de atención, mismos que de cierta forma repercutieron en su nueva contratación. Tales afirmaciones, además, denotan que la labor del demandante no era extraña a la actividad comercial que desempeña, ni ocasional en la empresa, en tanto contribuían en parte importante del desarrollo del objeto comercial de la demandada, al punto que se prestó durante más de 3 años, por lo que tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante.

En este punto, resulta oportuno precisar que la apoderada de la demandada oportunamente formuló tacha de sospecha contra los testigos de la parte actora, por considerar que aquellas fueron judicantes y contratistas de la entidad, además, por cuanto demandaron a la CIAC, por similares hechos a los que se debaten en el presente asunto y han sido testigos en varios procesos judiciales, por lo que, a su juicio, la versión puede estar parcializada.

Sobre este aspecto, cumple recordar que el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Es decir, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Con fundamento en lo anterior, es claro que la circunstancia de que las declarantes sean o no compañeras de trabajo del demandante o hayan iniciado acción legal contra la enjuiciada, no es suficiente para tenerlas como interesadas en el proceso, pues se requiere de otros elementos que demuestren su parcialidad, mismos que en el presente asunto no se encuentran acreditados, pues no son contradictorias en su dicho, fueron uniformes, además, se hallan respaldadas por las pruebas documentales aportadas al plenario, pues es evidente que las directrices señaladas en los contratos de prestación de servicios trascendieron del poder de dirección y disposición sobre las actividades del actor, al punto que dieron cuenta que para la ejecución de las actividades, el trabajador dependía de las órdenes de servicio emitidas por el jefe de la división, señor Alexander Peña Cristancho. A lo que se suma, fueron compañeras de labor del demandante y, por ende, testigos de los hechos, por lo que nadie mejor para dar cuenta de las situaciones fácticas expuestas, controvertidas por las partes.

Ahora, para abundar en razones, cumple señalar que así se descarten los testimonios de las señoras Yenni Lorena Infante García y Lisette Carolina Navarro Malagón, la conclusión no sería diferente, ya que el actor no desempeñaba funciones que requirieran de un conocimiento específico, lo que deja sin piso uno de los argumentos centrales de las demandadas, acogido por el A quo. Cabe precisar que sólo están exentos de la relación laboral, los servicios descritos en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, aquellos que "*requieran de conocimientos especializados*", sin que pueda decirse que las labores de apoyo para el registro y organización documental, y de gestor contractual,

cuyas funciones fueron especificadas precedentemente, requieran este tipo de conocimiento, entendido como aquél que no se limitan a la formación universitaria, sino que va más allá de la educación formal que imparten dichos centros educativos, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por el demandante no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos al actor para acceder a los cargos.

Bajo ese contexto, debe reiterar la Sala que la enjuiciada no logró desvirtuar la presunción en su contra y en esa medida es claro que la relación se desarrolló bajo las condiciones propias de un contrato de trabajo, además, la realidad que aflora de la documental analizada es que el actor prestó sus servicios bajo subordinación, de allí que es evidente la equivocación del Juez de primer grado al concluir la inexistencia del vínculo laboral, cuando el hilo conductor de las pruebas da cuenta que en verdad el servicio contratado, no se ejecutó con libertad ni autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan los supuestos contratos de prestación de servicios, por cuanto el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente y subordinada, cuyas funciones también estuvieron limitadas a un manual que adoptó la entidad, por manera que pese a la mención que se hizo en los contratos, es decir, que se hacía desprovista de cualquier elemento subordinante, salta a la vista la calidad de verdadero trabajador dependiente de la enjuiciada.

No sobra anotar, que la actividad ejercida por el actor a favor de la entidad no fue temporal, excepcional o transitoria, pues, no otra cosa podría deducirse de la multiplicidad sucesiva de contratos de prestación de servicio que firmaron las partes, lo cual constituye el ingrediente esencial para desvirtuar la presunción que contiene la Ley 80 de 1993. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL981-2019, se dijo al respecto:

*"la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido. Se trata mediante esta figura de afrontar situaciones especiales relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, por tanto, la temporalidad y excepcionalidad de la contratación es de la esencia de este tipo de contratos. En este sentido, cuando las actividades atendidas a través de esta clase de vinculación demanden una permanencia superior o indefinida, de modo tal que se desborde su transitoriedad, es necesario que la entidad contemple en su respectiva planta los cargos necesarios para desarrollarlas."*

Corolario de lo anterior, es evidente el dislate en que incurrió el Juez primigenio, ya que para esta Sala el ente ejercía poder subordinante que, sumado a la prestación personal del servicio y al pago de una suma mensual, no dejan duda de la existencia del contrato de trabajo. Aunado a que, como se vio, la realidad demuestra que la actividad desarrollada por el actor se ejecutó bajo una verdadera relación contractual laboral, como quiera que la función ejercida no comportaba autonomía e independencia en su realización, es decir, que no contaba con ese marco de libertad bajo el cual fue contratado durante varios años, signo indicativo que siempre estuvo bajo la continuada dependencia, aspecto que no sobra reiterar, fue corroborado por las testimoniales de Yenni Lorena Infante García y Lisette Carolina Navarro Malagón, quienes en forma coherente y precisa indicaron la necesidad específica de la entidad de contar con sus servicios personales, prestación que se hacía bajo directrices y bajo una inclemente subordinación jurídica.

Concluyendo que la suscripción de contratos de prestación de servicios, por sí sola, no prueba que el tipo de vinculación estuviera atado a la inexistencia de poder subordinante, tal como bien lo señala el apoderado judicial de la parte actora, por lo que, en esas

condiciones, se sigue revocar la decisión que tomó el juez primigenio, para en su lugar declarar la relación laboral.

### **Extremos temporales de la relación**

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 10 de noviembre de 2014 al 28 de julio de 2016. Sobre este aspecto no se encuentra probado que el actor haya prestado sus servicios de forma continua e ininterrumpida, como consecuencia del periodo de solución de continuidad que se presentó entre el 31 de diciembre de 2015 al 14 de marzo de 2016, tiempo durante el cual el actor no acreditó haber prestado sus servicios.

Bajo ese norte, es preciso destacar por esta Corporación que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral "*solo se consideran aparentes o formales las interrupciones cortas entre la finalización y la iniciación de uno y otro contrato, entendidas como aquellas inferiores a un mes, por lo que las que sean superiores, permiten inferir la intención de las partes de no darles continuidad*" (SL574-2021); es claro que, del análisis de los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante, se concluye que hubo lapsos superiores a 30 días, que no permite presuponer la no solución de continuidad de la prestación de servicios del trabajador del 10 de noviembre de 2014 al 28 de julio de 2016.

Así las cosas, al hallarse probado que no hubo interrupción desde el 10 de noviembre de 2014 al 31 de diciembre de 2015 y del 14 de marzo de 2016 al 28 de julio de 2016, por lo menos no de tal entidad que haga presuponer la solución de continuidad de la vinculación laboral, pues, aquellas resultan ínfimas, corresponde a esta Corporación "*dictar una condena minus petita, esto es, corresponde al juez dictar una condena minus petita, esto es, reconocer lo que se encuentre probado así sea parcialmente, de cara a lo planteado en las pretensiones de la demanda inicial*" (SL381-2021)

Por tal razón, se declarará la existencia de dos relaciones laborales en tanto que aquella fue fragmentada, en la medida que no podía predicarse la existencia de un solo contrato de trabajo, al igual que en lo que concierne a sus hitos temporales lo serán las citadas datas. No obstante, desde ya debe precisar la Sala que, pese a que se declara dos nexos contractuales, corresponde evaluar las condenas que pudiesen causarse por el segundo de aquellos, cuya vigencia correspondió entre el 14 de marzo de 2016 al 28 de julio de 2016, que atañe a la última vinculación laboral continua entre las partes, según criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL381-2021, SL3570-2020, SL2345-2018 y SL3215-2018. En esta última decisión se indicó:

*"Sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, por lo menos el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes y que aparezca acreditado, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.*

*Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:*

*[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo*

*que ató a las partes. Es así como, en sentencia de la CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, en un proceso análogo seguido contra el mismo ISS, se puntualizó:*

*En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.*

*Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.*

*Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes (Resalta la Sala).*

*El anterior criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL14969-2017, rad. 52813; CSJ SL13444-2017, rad. 50565; y CSJ SL087-2018, rad. 51340.”*

## Salario

Esta Sala evidencia que el salario se encuentra demostrado con los comprobantes de pago que obran a folios 73 a 77 del expediente, siendo el siguiente:

Salario		
Fecha Inicial	Fecha Final	Salario
14/03/2016	28/07/2016	\$ 1.933.291

## Calificación de la naturaleza del vínculo

Con respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, se recuerda que no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 50 del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que según los artículos 1° del Decreto Legislativo 1064 de 1956 y Decreto 2352 de 1971 y 2° del Acuerdo 9 de 2016, la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. – CIAC S.A., es una sociedad de economía mixta, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, con patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional y sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Por manera que, a voces del inciso 2.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968 los servidores de estas, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

Por lo tanto, tenemos que el actor es trabajador oficial, dado que prestó sus servicios personales a favor de la entidad, en los cargos de "gestor documental y gestor contractual", actividades que no están contempladas para ser desempeñadas por un empleado público.

Ahora, es necesario precisar que, dada la naturaleza de la entidad, el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los trabajadores oficiales de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. – CIAC S.A., como quiera que en su artículo 2º establece que para los efectos de la citada norma, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional a la Presidencia de la República, ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado, así lo dejó sentado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL981-19.

### **Acreecias laborales adeudadas**

Se procede a liquidar las acreecias laborales reclamadas, ya que no existe prueba de que hayan sido canceladas al actor, además, por cuanto la encartada no propuso la excepción de prescripción, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

### **Auxilio de cesantías**

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral.

Igualmente, señala la norma que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario del actor como lo indica la norma en mención y el periodo de vigencia del contrato de trabajo, esto es, el **14 de marzo de 2016 al 28 de julio de 2016**, encuentra la Sala que la demandada adeuda al actor la suma de **\$724.984**.

<b>Auxilio de Cesantías</b>					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2016	\$ 1.933.291	\$ 0	\$ 1.933.291	135	\$ 724.984
<b>Total Auxilio de cesantías</b>					<b>\$ 724.984</b>

### **Vacaciones**

Las vacaciones se encuentran reguladas en el artículo 43 del Decreto 1848 de 1969, que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, el cual, dispone que "*tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.*" Así las cosas, al efectuar las operaciones aritméticas observa la Sala que se adeuda por este concepto la suma de **\$362.492**, por el período comprendido entre el **14 de marzo de 2016 al 28 de julio de 2016**.

<b>Vacaciones</b>				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones

Vacaciones				
2016	Terminación del Contrato	\$ 1.933.291,00	135	\$ 362.492
<b>Total vacaciones</b>				<b>\$ 362.492</b>

### Prima de servicios legal

Al revisar la normatividad aplicable al presente caso, como son los Decretos 2127 de 1945, 3135 de 1968 y 1848 de 1969, se evidencia que no se contempló la prima de servicios entre las prestaciones sociales a las que tienen derecho los trabajadores oficiales. Por tanto, se absolverá a la enjuiciada de esta pretensión.

### Intereses a las cesantías

La misma suerte correrá la pretensión relativa a que se condene al pago de los intereses a las cesantías, en tanto que no es procedente, puesto que el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968 no las consagra a cargo del empleador sino del Fondo Nacional del Ahorro (CSJ SL662-2013 y SL2342-2021)

### Salarios

No es posible acceder al pago de las diferencias insolutas en el salario, como quiera que las solicita de manera genérica, sin especificar las mensualidades adeudadas o el valor insatisfecho correspondiente a cada una de ellas, aunado a que la Sala evidencia que durante el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2016 al 28 de julio de 2016 se encuentra acreditado el pago de honorarios, lo cual, es equivalente a los salarios causados por la prestación del servicio.

### Indemnización moratoria

Por tratarse de un trabajador oficial, la norma a gobernar el asunto es el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Adicionalmente, debe recordarse que la misma no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudadas o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

*Dicha buena fe "no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley pues, en cualquier caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014)."*

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactaron contratos de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través estos, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio,

pues esta se realizó bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

En consecuencia, se sigue condenar a la enjuiciada a la indemnización moratoria, sin embargo, operará a partir del vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, así, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo terminó el 28 de julio de 2016, de manera que el plazo de gracia de 90 días se cumplió el 28 de octubre del mismo año, por lo que a partir del día siguiente correrá la sanción a razón de un día de salario, esto es, \$64.443,03, por cada día de retardo y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de prestaciones sociales (auxilio de cesantía).

### **Sanción por la no consignación del auxilio de cesantías**

No hay lugar al pago de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, en tanto que el auxilio de cesantía causado en vigencia de la relación laboral debió ser entregado directamente al trabajador y no consignadas a un fondo para tal fin, en los términos y condiciones señalados el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

### **Indemnización prevista en el párrafo 1° del artículo 65 del CST**

Tampoco procede, pues el único soporte de la pretensión de orden condenatorio es el párrafo 1° del artículo 65 del CST, disposición que no es aplicable al caso en concreto, de cara a la condición de trabajador oficial que se halló probada en este asunto; lo anterior conforme prevé los artículos 2 y 3 de la misma codificación sustantiva.

### **Indemnización por despido sin justa causa**

Sobre tal aspecto, es cierto que en reiteradas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, existe para cada una de las partes la respectiva carga probatoria, razón por la cual ha sostenido que se debe partir del supuesto que la demostración del despido corresponde al trabajador y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le compete a la demandada, en términos del artículo 167 del C.G.P.

Aplicado lo anterior al presente asunto, en comunicación adosada al folio 81, el accionante fue informado que *"de confirmada a lo señalado en el párrafo segundo de la cláusula Novena del contrato de prestación de servicios No. 1607012121-A010202 (...) que se da por terminado el contrato mencionado, el cual tendrá ejecución hasta el quinto (15) día hábil siguiente a la notificación de la presente comunicación"*

Así las cosas, es evidente que el demandante cumplió con su carga probatoria y la demandada cumplió con el deber de comunicarle a su trabajador las causas y motivos de su decisión, por manera que surge para Sala estudiar si la pasiva acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa.

En este punto, no puede perderse de vista que se determinó la ineficacia del contrato de prestación de servicios y en consecuencia, se declaró con efectos condenatorios la existencia de un contrato de trabajo continuo entre las partes desde el 14 de marzo de 2016 al 28 de julio de 2016, que al no contar con término fijo alguno, se considera para todos los efectos, según lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, a término indefinido, pactado por seis meses, siguiendo la regla del plazo presuntivo, mismo que se entiende prorrogado en las mismas condiciones y por períodos iguales.

Así las cosas, dada la declaración de existencia del contrato de trabajo a término indefinido, es claro que el despido no se cimentó en una de las justas causas previstas en la ley, en tanto que no se comunicó por parte del empleador la expiración del plazo presuntivo, tampoco se demostró justa causa para su finiquito, por manera que habrá lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 51 ibídem. Así, la demandada deberá pagar la suma de \$3.322.599, liquidados sobre el salario devengado.

<b>Indemnización por despido sin justa causa</b>					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 1.933.291	29/07/2016	14/09/2016	\$ 64.443	45	<b>\$ 2.899.937</b>

### **Reembolso de valores pagados por aportes a seguridad social**

El demandante solicitó entre las pretensiones de la demanda, lo siguiente:

*"Pagar los aportes al Sistema Integral de la Seguridad Social causados (...) durante la vigencia del contrato de trabajo (...)"*

En casos como el ahora debatido, considera esta Sala que al empleador le corresponde cancelar a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, a efecto de no realizar doble cotización por el mismo periodo en la misma vinculación contractual, pues existe un porcentaje que debe asumir ante el sistema en calidad de trabajador.

Conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Sin embargo, como al plenario no se allegó ninguna prueba tendiente a demostrar el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, con la que se pueda establecer que efectivamente fueron realizados, así como el periodo de cotización y el ingreso base de cotización, se ordenará a la entidad que pague a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, teniendo como IBC la suma de \$1.933.291.

No se ordenará el reembolso al actor de los dineros cancelados, toda vez que no fue solicitado en el libelo incoatorio.

### **Indexación**

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles. Sin embargo, como las vacaciones y la indemnización por despido sin justa

causa objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación, esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 29 de octubre del 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

## **Costas**

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 29 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de dos contratos de trabajo realidad entre **GEORGE BRIAN TOVAR GARCÍA** y **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. – CIAC S.A.**, así: desde el 10 de noviembre de 2014 al 31 de diciembre de 2015 y del 14 de marzo de 2016 al 28 de julio de 2016.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. – CIAC S.A.** a pagar al señor **GEORGE BRIAN TOVAR GARCÍA** las siguientes sumas de dinero, derivadas del último contrato de trabajo declarado, así:

- a) **\$724.984**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$362.492**, por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 1 de diciembre del 2014 y como IPC final al momento de su pago.
- c) Por concepto de indemnización moratoria la suma de **\$64.443,03** correspondiente a un día de salario por cada día de retraso desde el 29 de octubre de 2016 hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones adeudadas.
- d) Por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de **\$2.899.937**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 29 de octubre de 2016 y como IPC final al momento de su pago.

**TERCERO: CONDENAR** a la **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. – CIAC S.A.**, a que cancele a las administradoras de seguridad social en salud y pensión a la que se encuentre afiliado al demandante, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, teniendo como IBC la suma de \$1.933.291.

**CUARTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **GEORGE BRIAN TOVAR GARCÍA**.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de inexistencia del vínculo laboral, propuesta por la encartada.

**SEXTO: CONDENAR** en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de la **CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A. – CIAC S.A.**

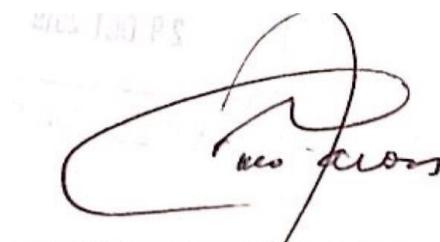
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

**AUTO PONENTE**

**Costas** en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **GEORGE BRIAN TOVAR GARCÍA** y a cargo de la demandada en la suma de \$2.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** FERNANDO GUERRERO RAMÍREZ  
**Demandadas:** FÁBRICA DE TEXTILES TEXTRAMA Y OTRA  
**Radicado No.:** 28-2016-00374-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDANTE – CONFIRMA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Fernando Guerrero Ramírez instauró demanda ordinaria contra Fábrica de Textiles Textrama S.A. y Colortex S.A.S., con el propósito de que se declare que existió un único contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de junio de 1990 hasta el 30 de noviembre de 2013, con la primera de las enjuiciadas, derivada de la sustitución de índole patronal entre las codemandadas. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aportes pensionales, devolución de los descuentos efectuados a sus prestaciones sociales de manera indexado, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró a favor de Colortex S.A.S. desde el 13 de junio de 1990 al 31 de diciembre de 2008, para desempeñar el cargo de supervisor en ambas empresas. Indicó que durante la vigencia de la relación laboral las demandadas siempre pagaron en forma constante e ininterrumpida las cotizaciones a pensiones en forma mensual, a excepción de los meses de diciembre y enero de 2005. Refirió que el 1 de enero de 2009 continuó con sus labores habituales en la Fábrica de Textiles Textrama S.A., realizando idénticas funciones en las instalaciones de Colortex S.A.S., las cuales finalizaron el 30 de noviembre de 2013, percibiendo a consecuencia de su labor una asignación para esta última fecha la suma de \$1.894.000.

Agregó que no estuvo de acuerdo con los repetitivos y constantes preavisos de terminación del vínculo laboral presentados a fin de año y colige que sus empleadores pretenden ocultar la continuidad laboral con sucesivos contratos a término fijo. Explicó que el 30 de noviembre de 2013 fue despedido sin justa causa, además, que el empleador efectuó la liquidación de prestaciones sociales, sin incluir las indemnizaciones ni los

ingresos variables, sumado a que se le hizo un descuento por valor de \$119.333, sin su autorización y razón justificable. (fols. 388 a 401).

**2. Trámite Procesal.** En auto adiado del 14 de diciembre de 2017, se admitió la reforma a la demanda y, por tanto, se ordenó correr traslado de esta a las demandadas. En providencia del 31 de enero de 2018 se tuvo por contestada la demanda primigenia, más no su reforma, determinación que se mantuvo incólume ante la no interposición de recursos.

### **3. Contestación de demanda.**

**3.1. Colortex S.A.S.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo la inexistencia de sustitución patronal o unidad de empresa, ya que las codemandadas son totalmente independientes la una de la otra en administración, manejo y domicilio, además, el actor firmó un último contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el 9 de enero de 2008, el cual finalizó el 13 de diciembre de 2018, por no renovación del plazo fijo pactado. Refirió que el demandante no tuvo un único vínculo, sino múltiples contratos de trabajo a término fijo y que cumplió con sus obligaciones a cargo. En su defensa propuso la excepción previa de prescripción y como de fondo las que denominó buena fe, pago, compensación, ausencia de culpa, ausencia del derecho sustantivo, inexistencia de las pretensiones de la demanda y prescripción. (fols. 220 a 244).

**3.4. Fábrica de Textiles Textrama S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que no existió sustitución patronal o unidad de empresa, reiterando, que las codemandadas son totalmente independientes la una de la otra en administración, manejo y domicilio, además, adujo que el actor firmó un primer contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el 13 de enero de 2009. Refirió que el demandante no tuvo un único vínculo, sino múltiples contratos de trabajo a término fijo, siendo su última vinculación entre el 8 de enero al 30 de noviembre de 2013, la cual finalizó por no renovación del plazo fijo pactado. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, pago, compensación, ausencia de culpa, ausencia del derecho sustantivo, inexistencia de las pretensiones de la demanda y prescripción. (fols. 329 a 342).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 20 de mayo de 2021, en la que la falladora absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesa al recurso de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar el tipo de vínculo que existió entre el actor y las sociedades demandadas, así como la modalidad, extremos temporales, salario, las circunstancias en que terminó el vínculo laboral y si hubo unidad empresarial. Con tal propósito y luego de referirse al artículo 22, 23, 24 y 46 del CST, al precedente jurisprudencial, así como al acervo probatorio, sostuvo que el contrato de trabajo era celebrado en forma escrita, pactando con claridad las condiciones y términos de este, sobre el cual se entregaban el aviso de terminación, notificando con 30 días de antelación a la caducidad de estos.

Indicó que las encartadas procedieron a realizar la liquidación de cada uno de ellos, reconociendo al demandante las prestaciones sociales de cada periodo de vinculación, de manera que podía concluir que el demandante tuvo varios vínculos laborales con las demandadas, celebrados por un término fijo, en los que se establecía la fecha de inicio y terminación, además, que su finalización se dio con justa causa, teniendo en cuenta el artículo 61 del CST. (Cd. a fol. 464).

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión el **actor** formuló recurso de apelación indicando que el actor laboró durante 23 años, mediante contratos de trabajo sucesivos a término fijo, inicialmente con Colortex S.A.S. y posteriormente con Fábrica de Textiles Textrama S.A., en el mismo lugar y haciendo mantenimiento a los mismos equipos. Resaltó que las empresas cuentan con un mismo email y objeto social de conformidad con los certificados expedidos por la Cámara de Comercio. Refirió que, aunque los contratos de trabajo a término fijo son válidos, las pequeñas interrupciones que existieron de diciembre a enero el demandante las laboró, pero sin vinculación alguna.

Indicó que dicha modalidad representó una simple formalidad, de manera que conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la CP, debe primar la realidad sobre las formalidades. Expuso que durante el periodo de terminación de las múltiples vinculaciones prestó sus servicios a favor de las empresas demandadas, no obstante, consideró que al momento de su finalización ya sabía de la fecha de su reincorporación a sus actividades, de manera que el empleador no tenía la verdadera voluntad de dar por terminado esos contratos.

Precisó que los contratos a término fijo son idénticos entre los que firmó el demandante con las empresas demandadas, de manera que no era la voluntad del empleador de terminar esos vínculos laborales. Expuso que los propios testigos del demandante entendieron que el periodo cesante era por razón de vacaciones colectivas, de manera que las empresas demandadas abusaron del contrato de trabajo a término fijo. Finalmente, indicó que hubo una sustitución de índole laboral, pues cuando cambió de empleador, siguió con las mismas actividades, lo cual se puede verificar con los contratos a término fijo. (Cd. a fol. 464).

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandante.** Refirió que los testigos fueron coherentes e indicaron que el actor laboró inclusive sin contrato de trabajo escrito ya que era meramente aparente, además, que era una labor constante e ininterrumpida y que sólo hubo una interrupción para mediados de diciembre de todos los años, debiendo reincorporarse a sus actividades habituales, conociendo la fecha hora turno y actividad a ejecutar, es decir, que el demandante conocía cuándo era la fecha de su reincorporación y de ello quedo probado.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿La cognoscente de primer grado se equivocó al no colegir que la relación laboral que existió entre el actor y las demandadas estuvo regida por un contrato de trabajo a término indefinido, con extremos temporales desde el 13 de junio de 1990 hasta el 30 de noviembre de 2013?
- (ii) ¿Tuvo ocurrencia la sustitución patronal referida en el libelo introductor, esto es, entre Colortex S.A.S. y Textrama S.A.?

- (iii) De comprobarse lo anterior, se entrará a determinar ¿Las encartadas adeudan alguna acreencia salarial o prestacional al actor en los términos solicitados en la demanda?

### **Contrato de trabajo**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es del caso precisar que no existe controversia respecto a que las partes sostuvieron un vínculo laboral, pues así lo admitió la demandada en su contestación, no obstante, como solo acepta que el nexo se rigió bajo sendos contratos a término fijo, se entrará a verificar si en efecto tal aspecto aconteció o si por el contrario lo que existió fue un contrato de trabajo a término indefinido, como lo asegura la censura, pues considera que los empleadores abusaron de su derecho, al firmar nexos laborales consecutivos y continuos, que no tuvieron solución de continuidad.

Debe decirse de manera preliminar que el contrato de trabajo a término fijo tiene unas características notables que los hacen diferentes de las demás modalidades. Su término de duración, naturalmente, es una condición preponderante en su distinción; razón por la cual, además, de constar por escrito, en él debe indicarse la voluntad de las partes de someterlo o ejecutarlo dentro de un tiempo previamente convenido, pudiendo prorrogarse de acuerdo con las hipótesis legales previstas, sin que por ello pierda su esencia ni cambie la modalidad de indefinido, a menos que así lo dispongan las partes antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, cambiando la modalidad y duración del contrato de trabajo.

Es por ello que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido su postura en determinar que el contrato de trabajo a término fijo, *"goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 Ibídem, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios."* (SL15610-2016)

Así, véase cómo el legislador realza este tipo de vinculación laboral, al otorgarle como unas de las formas de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., lo cual no se equipará al despido sin justa causa.

Esbozados como se encuentran los aspectos normativos sustanciales y jurisprudenciales aplicables al caso, esta Sala, evidencia que, en lo atinente a los reproches relacionados con el término de duración del contrato y el preaviso, las pruebas documentales demuestran que entre las enjuiciadas y el trabajador demandante se suscribieron los siguientes contratos laborales:

Con Colortex S.A.S:

- 13 de junio al 19 de diciembre de 1990.
- 10 de enero al 17 de diciembre de 1991.
- 8 de enero al 17 de diciembre de 1992.
- 7 de enero al 20 de diciembre de 1993.
- 11 de enero al 19 de diciembre de 1994.
- 5 de enero al 19 de diciembre de 1995.
- 9 de enero al 16 de diciembre de 1996.

- 7 de enero al 16 de diciembre de 1997.
- 5 de enero al 17 de diciembre de 1998.
- 12 de enero al 16 de diciembre de 1999.
- 11 de enero al 29 de diciembre de 2000.
- 9 de enero al 18 de diciembre de 2001.
- 8 de enero al 14 de diciembre de 2002.
- 7 de enero al 15 de diciembre de 2003.
- 13 de enero al 16 de diciembre de 2004.
- 11 de enero al 30 de noviembre de 2005.
- 11 de enero al 15 de diciembre de 2006.
- 10 de enero al 14 de diciembre de 2007.
- 9 de enero al 13 de diciembre de 2008.

Con la Fábrica de Textiles Textrama S.A.:

- 13 de enero al 5 de diciembre de 2009.
- 12 de enero al 10 de diciembre de 2010.
- 11 de enero al 11 de diciembre de 2011.
- 10 de enero al 9 de diciembre de 2012.
- 8 de enero al 30 de noviembre de 2013.

En los contratos de trabajo, existen los preavisos entregados por las empresas dentro del término ley al actor, además, cuentan con la firma del recibo del trabajador, tal y como se verifica en los folios 56, 60, 248, 252, 256, 260, 265, 269, 273, 277, 281, 285, 289, 293, 297, 301, 305, 309, 313, 314, 318, 319, 323, 324, 347, 352, 353, 358, 359, 360, 368, 375 y 376.

De acuerdo con la relación de los contratos de trabajo referenciados en precedencia y las premisas fácticas con las cuales el señor Fernando Guerrero Ramírez fundamenta la súplica de obtener la declaración de un contrato de trabajo a término indefinido cuya fecha de inicio correspondió al 13 de junio del 1990, de entrada, debe señalarse que esa pretensión no cuenta con vocación de prosperidad, en tanto que de los medios de persuasión anotados se colige que la relación laboral que ató a las partes estuvo gobernada por sendos contratos laborales a término fijo, que si bien fueron sucesivos, también lo es que de ellos sobresale con total claridad que las partes pactaron el carácter definido, la terminación de cada contrato, su liquidación y el nacimiento del otro, lo que de entrada hace disímil la vinculación jurídica pretendida.

Debe decirse que los contratos de trabajo referenciados en precedencia no permiten deducir una única relación laboral, pues, aunque ciertamente fueron sucesivos, como lo afirma la censura, la duración contractual fue producto del mutuo acuerdo y no de una decisión unilateral; suscripción amparada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ello, no puede ser de recibo para esta Corporación que el accionante quien los suscribió, pretenda ahora desconocerlos a través de esta vía judicial, sin presentar prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento, la vulneración del mínimo de derechos y garantías consagradas por la ley laboral a su favor o en su defecto, que sus cláusulas adolecieron de nulidad o contuviera objeto o causa ilícita, por lo cual, siendo el contrato ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil y no encontrarse las referidas particularidades en el cuerpo de los mismos, no pueden ser desechados por ninguna de las partes.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya tuvo la oportunidad de examinar en un asunto de iguales contornos fácticos a los que ahora se estudia por esta Sala, precisamente en sentencia SL5563-2021, aduciendo que:

*"El censor asegura que estas documentales acreditan que lo que existió fue una mancomunada y desleal forma de burlar al trabajador y la ley, en la medida que dejan en evidencia que no se cumplieron los plazos que se mencionan en algunos de los acuerdos suscritos, como se puede colegir en particular de las cartas de aviso de terminación por cumplimiento del plazo, así como de las liquidaciones aportadas; y agrega que lo anterior no deja duda sobre las actuaciones de mala fe del empleador, al firmar nexos laborales consecutivos y continuos, que no tenían solución de continuidad.*

(...)

*La Corte no advierte error de apreciación en las documentales que relaciona el censor, pues ciertamente, como lo señaló la alzada, las mismas acreditan que entre las partes se suscribieron varios contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, cuya finalización fue preavisada oportunamente conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 46 del CST (...)*

*Conforme a lo reseñado surge evidente que el juez de segundo grado no incurrió en equívoco alguno al colegir que, no era dable declarar que la modalidad contractual habría sido a través de un solo convenio a término indefinido, pues obraban en el plenario los respectivos contratos, prórrogas y preavisos entregados por las empresas dentro del término de ley y con la firma del recibido del actor, aspecto último que se corrobora con las certificaciones de aviso de finalización del contrato de trabajo por vencimiento.*

*Ciertamente, los diferentes acuerdos contractuales y las cláusulas transcritas dejan al descubierto que las partes pactaron el carácter definido de tales contratos, que fueron interrumpidos y si bien en los primeros se refirieron a la realización de una obra o labor contratada, lo cierto es que, en el encabezado de los documentos se plasmaron las fechas exactas de inicio y terminación, con lo cual no cabe la menor duda de que se trataron de genuinos vínculos a término fijo, en la medida en que reunieron las condiciones exigidas en los artículos 39 y 45 del CST."*

Entonces, haciendo suyo esta Sala el pasaje jurisprudencial traído a colación, en efecto, ninguna de las pruebas que se allegaron a este juicio lograron evidenciar que los empleadores pretendieron menoscabar o burlar derechos laborales al actor, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento no apunta a que se haya incurrido en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales; contrario a ello, lo que si se prueba es que la suscripción de los contratos de trabajo provino de la libertad contractual con que cuentan las partes para establecer lo mejor que les convenga, de modo que, obliga no solo a lo que él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la Ley pertenecen a ella, tal y como lo dispone en el artículo 55 del C.S.T.

Y es que en lo que respecta a las pruebas testimoniales, si bien el recurrente adujo que el testigo Orlando Castro Castillo, manifestó que, una vez finalizada la vinculación contractual el actor seguía laborando, lo cierto es que el dicho del testigo pierde credibilidad a raíz de lo afirmado por el mismo demandante, quien desde el escrito primigenio, así como en el interrogatorio de parte, adujo que cuando culminaba cada contrato de trabajo recibía su liquidación final y, por ende, no prestaba sus servicios, considerando que en este lapso disfrutaba de sus vacaciones, sin haber sido otorgadas por los empleadores. Aspecto que no sobra precisar, fue corroborado con el testimonio de Darío Henao.

Teniendo presentes las anteriores premisas, no encuentra este Tribunal que la Juez de primera instancia haya incurrido en algún yerro al concluir la eficacia de los contratos de trabajo a término fijo, así como los avisos sobre su finalización, los cuales surtieron los

efectos pretendidos, si se tiene en cuenta que la verdadera intención de las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no era la de continuar con los vínculos laborales, sino, por el contrario, terminarlos, intención esta que estuvo presente y se materializó.

Ahora, debe precisar la Sala que las causales de terminación del contrato de trabajo son taxativas y están contempladas en el artículo 61 *ibídem*, conllevando a que por la modalidad de los nexos existentes entre las partes, la causal referida por las demandadas en las comunicaciones para dar ruptura del vínculo, se enmarque dentro de éstas, por tanto, la desvinculación se torna en legal y justa, lo que implica que el demandante no tenga derecho al reconocimiento de la respectiva indemnización conforme al artículo 64 *ejusdem* como pretende.

Corolario, se mantendrá incólume la decisión que tomó la A quo.

### **Sustitución patronal**

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone el recurrente, cumple recordar que el artículo 67 del CST entiende por sustitución patronal todo cambio de un patrono a otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Entonces, para que opere la sustitución de patronos es necesario que concurran tres requisitos: a) cambio de patrono, que puede originarse en mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte) o enajenación del goce (arrendamiento, alquiler etc.) o alteración de la administración debido a la modificación de la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa relacionado con ello; b) continuidad de la empresa, se refiere a que continúe el giro ordinario de los negocios; y c) continuidad del trabajador en el servicio, es decir, que el trabajador continúe prestando el servicio en la empresa, pues al tenor del de la disposición, la sustitución no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

Con fundamento en la normatividad legal señalada, procede la Sala a analizar las pruebas allegadas al proceso, con el fin de dilucidar si en efecto se dan los presupuestos que configuran la figura de la sustitución patronal.

Debe decir la Sala desde ya que tales elementos no se encuentran configurados en este asunto, pues, aunque es cierto, como lo dice el recurrente, que Textrama S.A. y Colortex S.A.S. tienen el mismo objeto social, conforme se desprende de los certificados de existencia y representación legal de aquellas, empero, impone no olvidar, que los supuestos que activan ese mecanismo, no quedan restringidos a la coincidencia de su rol comercial, pues se requiere que aparezcan probados otros elementos, entre estos, la continuidad de los servicios que presta el trabajador; circunstancia que no se encuentra probado, de cara a la solución de continuidad en la prestación de servicios del accionante que se verificó con anterioridad.

En este punto, a propósito del cumplimiento de los presupuestos para la procedencia de tal figura, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en la sentencia atrás anotada, anotó lo siguiente:

*"El recurrente afirma que si el juez de segunda instancia los hubiera apreciado habría advertido que Textrama S.A. continuó con el giro de los negocios de Colortex S.A.S., toda vez que la actividad comercial y el objeto social de las dos sociedades son iguales.*

*Ciertamente, al revisar tales documentales, se advierte que, en las dos empresas el objeto social es coincidentes, pues en ambos se indicó:*

*LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO PRINCIPAL LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: A) LA EXPLOTACIÓN DE HILADOS Y TEJIDOS Y EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS QUE SE RELACIONEN DIRECTAMENTE CON DICHA INDUSTRIA EN ESPECIAL: A LA PRODUCCIÓN DE TELAS RÍGIDAS, SEMIELÁSTICAS O ELÁSTICAS A BASE [...].*

*Sin embargo, ello no es indicativo de una sustitución de empleadores, en la medida que para que opere esta figura jurídica con las consecuencias del artículo 69 del CST, no basta el cambio de un empleador por otro que conserve la identidad del establecimiento, sino que también se requiere la continuidad de servicios por parte del trabajador en ejecución del mismo contrato de trabajo, con otro empleador que sustituya al anterior, lo cual no se cumple en este caso, habida cuenta que como quedó explicado, hubo interrupción en la prestación de servicios del accionante entre uno y otro contrato o empleador.”*

Así las cosas, como quiera que el contrato de trabajo que celebró el actor con Colortex S.A.S. finalizó el 13 de diciembre de 2008 y, no se arrió medio de convicción que acreditará que siguió laborando de manera ininterrumpida, concretamente, entre la citada fecha a la suscripción del nexo con Textrama S.A., esto es al 13 de enero del año siguiente, es claro que no operó la sustitución de empleadores, ante la no continuidad de la prestación del servicio del demandante.

En ese contexto, la Sala no percibe que la Juzgadora de primer grado se hubiera equivocado en la forma indicada por la censura, por lo que se impone confirmar en su integridad la sentencia confutada.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

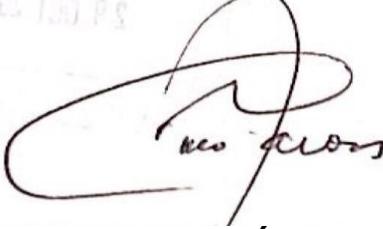
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

2023 JUN 13 P 5



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*