

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Sonia Lorena Riveros Valdés, identificada con C.C. No. 1.105.681.100 y T.P. No. 255.514 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a estudiar en Grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO** promoviese contra la **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante de régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. el día 2 de febrero de 1995.

En consecuencia, deprecia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos y semanas cotizadas por el actor y a esta última a aceptar dicho traslado.

De manera subsidiaria solicita se declare la ineficacia del mentado traslado.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 107 a 162 Archivo 2019-530), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 la innominada.

PORVENIR S.A., (Fl. 167 a Archivo 2019-530), contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas, tras indicar que la mayoría de los hechos no le constaban o no eran ciertos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS efectuada den el año 1995 a través de PORVENIR S.A.. Declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, pensión y muerte a Colpensiones; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes por concepto de cotización junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales y que recibió con motivo de la afiliación del actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., señaló que en el presente caso no es posible adoptar automáticamente la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia pues, desde un aspecto fáctico los demandantes se soportaban en situaciones distintas al aquí demandante, teniendo en cuenta que conforme esa línea jurisprudencial los demandantes, al momento previo de realizar el traslado de régimen estaban renunciando a algún beneficio pensional, criterio principal que se adopta en la primera etapa del deber de información que se desarrolla específicamente en la sentencia 1452 de 2019, lo que no se da

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

en este caso, pues el actor, al momento de realizar su traslado no estaba renunciando a ningún beneficio pensional, por lo que estaba en total libertad de trasladarse al RAIS, habiéndolo así efectuado, al suscribir el formulario de afiliación y en tal contexto no existió ningún perjuicio frente a su situación pensional y que pudiera conllevar a la afectación o incumplimiento de deber de información.

Indicó que el traslado automático de la carga resulta en cabeza de esa AFP resulta desproporcionado, máxime cuando a la parte actora no se le exige ningún medio probatorio, especialmente cuando en la demanda se enuncia el desconocimiento de las circunstancias de tiempo modo y lugar, pero no se le exige medio probatorio alguno para demostrar ello, por lo que se hacen deducciones partiendo de la mala fe de esa AFP al momento en que se realizó el traslado de régimen, actos de mala fe que debieron probarse.

Precisó que el formulario de afiliación aportado no fue tachado de falso y acredita la voluntad por escrito del afiliado, considerándose este el medio probatorio idóneo para esta etapa del deber de información para acreditar el cumplimiento de la misma, atendiendo los estamentos legales que para ese momento existían.

COLPENSIONES, indicó que con la declaratoria de ineficacia se pretende invalidar un acto que fue válido y produjo efectos jurídicos, tanto que el demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de Colpensiones, especialmente cuando se indicó que el demandante hizo aportes voluntarios.

Adujo que en el interrogatorio de parte rendido por el actor no se evidenció que se le hubiese hecho incurrir en error, fuerza o dolo por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, quedando demostrado que su afiliación

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas.

Expuso que el demandante no reúne los requisitos legales para regresar al RPM, por cuanto no está cobijado por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, ello debió haberlo hecho cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de edad exigida en el RPM.

Señaló que este tipo de decisiones quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, al generar una situación caótica que altera la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema, ayudando a su sostenimiento.

Indicó que el Tribunal Superior de Bogotá ha revocado decisiones como la que hoy nos ocupa bajo el argumento que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen.

Solicitó se exonere a esa entidad de la condena en costas, ya que actuó de buena fe, aplicando la normatividad vigente para el caso concreto y no podía dar cambio al régimen del actor toda vez que se encontraba dentro de una prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además que en la actualidad el actor cuenta con 59 años y el traslado fue solicitado en el año 2018.

Pidió que, en caso de confirmarse la sentencia apelada, se ordene a la AFP reintegrar la totalidad de cotizaciones y recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como el porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración.

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

(...)

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

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

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

(...)

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

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

14/07/1980 (fl. 46 Archivo 2019-530 y Carpeta Exp. Adm.); **ii**) solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 02/02/1995 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 51 y 216 Archivo 2019-530); y **iii**) el día 22/08/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fls. 67 Archivo 2019-530)

Pues bien, a folios 51 a 216 (Archivo 2019-530), se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 02/02/1995 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, sin que por ello se le esté exigiendo otro tipo de documental adicional para demostrar el cumplimiento al deber de información, ni se esté desconociendo que, para la data en que el demandante efectuó el traslado de régimen, no era obligatorio dejar otro tipo de documento en constancia de la afiliación o traslado realizado, o que el formulario allegado sea falso.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la él, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte

¹Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, es importante destacar que de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, que el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado del accionante, esto es 02 de febrero del año 1995 y ello pudo hacerse, como en antecedencia se dijo, con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, sin que se esté exigiendo para ello un medio de prueba en específico.

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

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

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Castillo Acero en el traslado que esta realizó en el mes de febrero de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones, sin que sea necesario que el accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que el actor demuestre su existencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

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

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

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas

contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

Igualmente, atendiendo lo argüido por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

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

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por Colpensiones S.A., respecto de la absolución al pago de costas, es de anotar que en los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en*

Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

este código", situación que acaeció, en este caso con dicha entidad.

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente los recursos presentados.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A..

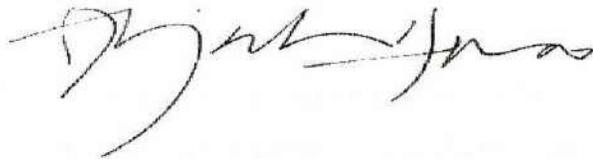
Código Único de Identificación: 11001310502020190053001

Demandante: HÉCTOR LIBARDO CASTILLO ACERO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

 *acuerdo voto.*

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Cindy Julieth Villa Navarro, identificada con C.C. No. 1.129.580.577 y T.P. No. 219.992 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y a estudiar en Grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de esta, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA** promoviese contra la **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez del formulario de afiliación suscrito por el demandante mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la AFP Colfondos S.A.

En consecuencia, depreca se declare que el accionante se encuentra afiliado al régimen de prima media (en adelante RPM) y se ordene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones los aportes ante esta efectuados.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 72), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

COLFONDOS S.A., (Fl. 74), contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas, tras indicar que la mayoría de los hechos no le constaban o no eran ciertos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS efectuada el 23 de febrero de 2001 por intermedio de Colfondos S.A.. Condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación del actor, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos generados, así como los dineros destinados para la garantía de pensión mínima y gastos de administración.

Así mismo, condenó a Colpensiones a hacer efectiva la afiliación del demandante al RPM y actualizar su historia laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, señaló que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Señaló que el actor no es beneficiario del régimen de transición y, frente a la carga de la prueba adujo que resultaba desproporcional descargarla en el fondo privado y más aún cuando Colpensiones resulta ser la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 2001, lo que significa que han transcurrido aproximadamente de 20 años, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, ya que para dicha data no era obligatorio dejar un registro documental de esta situación, siendo aplicable a estos casos el principio de que “nadie esta obligado a lo imposible”, y tener como afiliada a una persona que no lo ha estado por más de 20 años al RPM pone en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han cotizado al RPM.

Respecto al deber de información, indicó que la Corte Suprema de Justicia utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este debe sólo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, pues los fondos privados únicamente cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para demostrar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones e informado, por cuanto las leyes que surgieron entre 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al RAIS, siendo este el caso del demandante, quien suscribió el formulario para el año 2001.

Solicitó, de manera subsidiaria y de no acogerse a los argumentos presentados, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas que se ordenaron devolver, estas debidamente indexadas.

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Finalmente, depreca la no condena en costas, ya que Colpensiones no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) del demandante y de Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y concretamente, frente a Colpensiones, además, se revisará en Consulta la sentencia conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

(...)

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la

legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

(...)

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

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

01/02/1982 (fls. 42 y Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1826-20200925025259.PDF del fl. 72); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 23/02/2001 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl 94 a 96 Archivo contestación fl. 74); y **iii)** el día 15/10/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. y en el mismo sentido elevó petición ante Colfondos S.A. (fls. 48 y 54)

Pues bien, a folios 94 a 96 del Archivo contestación del folio 74, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 23/02/2001 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, sin que por ello se le esté desconociendo o restando importancia a dicho documento, ni se esté negando que, para tal data, no era obligatorio dejar otro tipo de documento en constancia de la afiliación o traslado realizado.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la él, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte

¹Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, es importante destacar que, si bien, nadie está obligado a lo imposible, de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, que el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado del accionante, esto es 23 de febrero del año 2001 y ello pudo hacerse, como en antecedencia se dijo, con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, sin que se esté exigiendo para ello un medio de prueba en específico.

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

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

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Ramírez Ochoa en el traslado que esta realizó en el mes de febrero de 2001, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones, sin que sea necesario que el accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que el actor demuestre su existencia.

Así, conforme las razones expuestas en precedencia, y pese a que COLPENSIONES no participó en el acto de traslado, se encuentra obligada a recibir al demandante, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado, por las razones antes expuestas. Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen.

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

Igualmente, atendiendo lo argüido por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales,

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por Colpensiones S.A., respecto de la absolución al pago de costas, es de anotar que en los términos del numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*, situación que acaeció, en este caso con dicha entidad.

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente el recurso presentado.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos,

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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

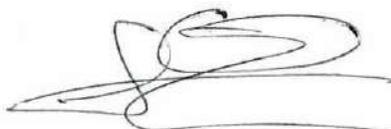
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11001310502120190085001

Demandante: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ OCHOA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

AUTO

Tener como apoderado sustituto de Colpensiones a la Dr. Winderson José Moncada Ramírez, identificado con C.C. No. 1.232.398.851 y T.P. No. 334.200 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario

Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

laboral que **MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el día 1° de julio de 2002 a la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y costos administrativos, y a esta última a recibir a la actora sin solución de continuidad.

De manera subsidiaria depreca se declare la nulidad de la mentada afiliación.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A., (Fl. 55 a 96), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos y en su

defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES**, (Fl. 98 a 105), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A. el día 01/07/2022.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y dineros cobrados por administración, debidamente indexados, y a Colpensiones a actualizar la información en la historia laboral de la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó que el ordenamiento jurídico no ha determinado en sí como las AFP debían brindar una información, como tampoco una obligación de documentar la asesoría brindada máxime cuando el documento exigible que tenía plena validez era el

Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

formulario de afiliación, ya que solo fue posteriormente y en desarrollo jurisprudencial y legislativo que nacieron nuevas obligaciones para las AFP, por lo que no tiene sentido que se requieran este tipo de pruebas o que soporten la asesoría que se hacía de manera verbal, ya que solo se solicitaba la firma para manifestar el consentimiento del afiliado.

Adujo que para la fecha de afiliación de la demandante, ella recibió la información y esto la llevó al consentimiento para trasladarse de régimen pensional en el año 2002, lo cual se acredita con el interrogatorio de parte por ella rendido, además, indicó que para esa fecha no se había consolidado el deber de información que se conoce hoy en día y que las asesorías se hacían de manera verbal.

Expuso que la demandante, como consumidora financiera, también tenía unos deberes, los cuales ella incumplió, pues debía actuar con una mediana diligencia, lo cual suponía obtener la información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, especialmente cuando las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinadas en normas de común conocimiento como lo es la Ley 100 de 1993, sin que se pueda pasar por alto que todos los temas que regulan el asunto pensional se encuentran en esta ley, por lo que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

Precisó que no es "justo" que se premie a la actora con una ineficacia, cuando nunca se ha preocupado por su estado pensional y solo busca el traslado a Colpensiones para obtener un beneficio económico, desconociendo los beneficios que obtuvo en el RAIS, como son los rendimientos generados.

Solicitó se le absuelva de la devolución de gastos de administración, pues dicho concepto tiene un mandato legal y una destinación específica, que en este caso se cumplió plenamente su cometido durante el periodo en el que la

demandante estuvo vinculada al RAIS, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida en la ley y ya no se encuentran en poder de esa AFP, pues fueron dedicadas a cubrir todos los gastos, cumpliendo con la correcta administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, concretamente frente a Colpensiones, además, se revisará en Consulta la sentencia conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007..

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

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

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

(...)

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

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 01/03/1998 (fl 7); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 10/05/2002 a través de la A.F.P Horizonte – hoy Porvenir S.A. (fl 68); y **iii)** el día 29/05/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 17)

Pues bien, sea lo primero recordar es que, conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, no existe tarifa legal de prueba, la pasiva podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio, pues, de un lado de lo narrado en su interrogatorio de parte no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Frente al tema del formulario, ha de memorarse que en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual*

*que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.*¹, por lo que no bastaba con allegarse dicha documental, la cual, dicho sea de paso, ni siquiera fue arrimada por Porvenir S.A., o que este se hubiese firmado de manera voluntaria, pues esta documental no basta para demostrar el cumplimiento del deber de información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que, si bien para la fecha del traslado de la demandante al RAIS, esto es el año 2002, no se exigía documental alguna que demostrara el cumplimiento del deber de información, tal y como lo expone la apelante, no es menos cierto que, la presunta asesoría verbal que se le dio a la demandante o el deber de información, podía haberse demostrado con cualquier otro de los medios de prueba consagrados en nuestra legislación, lo cual, se reitera, no sucedió en este caso.

De otro lado, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 10 de mayo de 2002.

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Fandiño Ortiz en el traslado que esta realizó en el mes de mayo de 2002, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior acertada resulta la decisión de primer grado al ORDENAR a PORVENIR S.A. la

devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

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

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., al haberse resuelto desfavorablemente el recurso por esta presentado.

VIII. DECISIÓN

Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

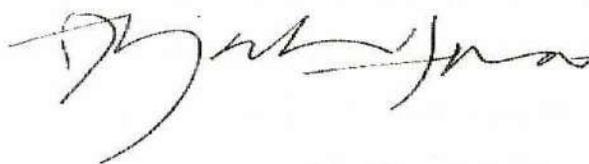
R E S U E L V E:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A..

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Código Único de Identificación: 11001310503020190064201

Demandante: MYRIAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA



adelavo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000
a cargo de la demandada PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS MARIO MURCIA GUZMÁN** promovió contra **MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 27 de enero de 1992. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de salarios y auxilios de transporte desde el 16 de febrero de 2018 hasta la fecha de la sentencia de cada una de las instancias; cesantías, intereses a las cesantías, y prima de servicios de 2018 hasta la fecha de presentación de la demanda;

sanción por no consignación de las cesantías; sanción por mora en el pago de los intereses a las cesantías; vacaciones del 27 de enero de 2017 hasta la fecha de la sentencia de cada una de las instancias; y ajuste de aportes a seguridad social desde el 01 de enero de 2018 hasta la fecha de la sentencia de cada una de las instancias.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Se vinculó a la empresa demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 27 de enero de 1992, para desempeñar el cargo de Operario de Producción; **2)** El 05 de mayo de 2017 el liquidador de la demandada, Carlos Alirio Murcia Guzmán, dirigió una carta en la que solicitaría permiso al Ministerio del Trabajo para dar por terminado su contrato de trabajo, en virtud del estado de liquidación y disolución de la empresa; **3)** No ha tenido conocimiento de la terminación de su contrato de trabajo; **4)** El 18 de mayo de 2018 solicitó el pago de las acreencias laborales adeudadas a la fecha, la que se respondió el 19 del mismo mes y año, señalando la empresa que se encontraba en liquidación; **5)** El 21 de mayo d 2018 dirigió comunicación al Ministerio del Trabajo, en la que puso de presente la falta de pago de salarios y cesantías, por lo que, se señaló fecha para audiencia de conciliación para el 15 de agosto de 2018, la que se declaró fracasada; **6)** Devengaba \$946.000; **7)** A pesar de los retrasos se han pagado aportes a pensión y salud; y **8)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Mediante auto del 24 de febrero de 2021 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN (fl.75).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de agosto de 2021, dictó **sentencia condenatoria**, en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor en calidad de trabajador y la demandada en calidad de empleadora, por el periodo comprendido entre el 27 de febrero de 1992 y el 19 de mayo de 2018. Condenó en consecuencia al pago de las sumas indicadas en la sentencia por concepto de salarios adeudados, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones y absolvió de las demás pretensiones. Condenó en costas a la vencida en juicio.

En síntesis, refirió el A Quo, que de la carta del 05 de mayo de 2017 se desprende que el empleador tenía la intención de dar por terminado el contrato de trabajo, pues no se prestaba servicio alguno desde 2016; que en contestación a derecho de petición del 19 de mayo de 2018 se estableció que el demandante podía prestar sus servicios con terceros o en actividades diferentes, por cuanto no se estaba prestando un servicio, lo que permite entrever que el empleador aún consideraba que la relación laboral se encontraba vigente; que pese a lo anterior fue el mismo demandante quien en interrogatorio de parte señaló que actualmente se encontraba desempleado, que la empresa no continúa desde 2017; que el testigo carece de credibilidad, puesto que señala que siguió prestando servicios hasta 2019 cuando el demandante señala que lo fue hasta 2017; que en acción de tutela en ningún momento se señaló que existía entre las partes un contrato de trabajo vigente; y que no necesariamente debe existir una formalidad para dar por terminado un contrato de trabajo, por lo que, debe entenderse finiquitado el 19 de mayo de 2018.

Señaló que no es dable en este estadio procesal declarar las consecuencias por la falta de contestación de la demanda,

debiéndose interponer en su oportunidad la correspondiente impugnación.

Finalmente, manifestó que por lo anterior, es dable ordenar el reconocimiento de los salarios hasta el 19 de mayo de 2018, así como las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, causadas proporcionalmente en 2018, hasta tal data, así como las vacaciones de 2017 y la proporción de 2018; que no hay lugar a sanciones moratorias, como quiera que, la demandada se encuentra en proceso de liquidación desde 2016 según interrogatorio de parte.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que el empleador no ha terminado el contrato de trabajo en debida forma, más aún que nunca se ha negado el pago de aportes a seguridad social, pues lo que no han tenido es la posibilidad de pagar las acreencias laborales; que lo único que expresaron fue que se quería finalizar el contrato de trabajo y que iban a pedir autorización, situación que finalmente no ocurrió, y no obró permiso del Ministerio del Trabajo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que transcurrió en silencio.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver**, se circunscriben a determinar si el contrato de trabajo celebrado entre las partes se encuentra vigente, y si como consecuencia de ello, le corresponde el empleador seguir efectuando el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo puede ser terminado, ya sea por pacto expreso entre las partes, o por una disposición legal, por una justa causa por cualquiera de las partes, o unilateralmente sin que exista justa causa. Por tanto, las causas para terminar un contrato se pueden resumir en tres grupos: causa legal, justa causa y decisión unilateral de cualquiera de las partes, cada una con consecuencia distinta.

En relación, con la causa legal de terminación, el artículo 61 del C.S.T. contempla diferentes causales para dar finiquito a un contrato de trabajo, lo que significa que en tales circunstancias la relación laboral termina sin necesidad de que una de las partes haya incumplido, la terminación obedece a una disposición legal, y no es consecuencia de una decisión o comportamiento de las partes. En dicha normatividad se establece:

“ARTICULO 61. TERMINACION DEL CONTRATO. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El contrato de trabajo termina:

- a). Por muerte del trabajador;
- b). Por mutuo consentimiento;
- c). Por expiración del plazo fijo pactado;
- d). Por terminación de la obra o labor contratada;
- e). Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;

f). Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días;

g). Por sentencia ejecutoriada;

h). Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto-ley 2351 de 1965, y 6o. de esta ley;

i). Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

2. En los casos contemplados en los literales e) y f) de este artículo, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses. El cumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.

De esta manera, es claro que el contrato de trabajo puede terminar sin ningún tipo de formalidad cuando se presenten alguna de las causales aludidas, a menos que sea la misma ley la que establezca una formalidad, como sería el caso de la causal del literal c) del artículo 61 del C.S.T., esto es, la expiración del plazo fijo pactado, pues el artículo 46 ejusdem frente a la celebración de contratos a término fijo exige un preaviso no inferior a 30 días.

Así mismo, en relación con las causales de los literales e) y f) del artículo 61 del C.S.T., esto es, la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión de actividades por parte del empleador durante más de 120 días, el numeral segundo, de la norma en mención, señala que opera siempre cuando se solicite el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- quien deberá resolver si otorga el permiso-, e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho.

De esta manera, se considera que si bien es cierto que, la empresa puede finalizar contratos de trabajo como consecuencia de la imposibilidad material de que estos sigan existiendo, también lo es que, para que se alegue la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento como la causal que generó la terminación del contrato de trabajo, debe existir cuanto

menos, ante la ausencia de manifestación del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, una decisión en tal sentido del Ministerio de Trabajo, quien debe señalar el finiquito contractual, así como la fecha en la que se llevará a cabo tal terminación, para lo cual, en todo caso, se debe pagar, la correspondiente indemnización por despido sin justa causa, pues se está frente a una causa legal de terminación, aún cuando obre autorización del Ministerio de Trabajo, pero no, frente a una justa causa. En sentencia SL5136-2019 se dijo:

“Ahora bien, el Tribunal también aclaró que, en todo caso, así el motivo de la terminación de la relación laboral hubiese sido la supresión y liquidación de la entidad, el despido seguiría siendo injusto. Dicha reflexión, de indudable connotación jurídica, tampoco apareja error alguno, como lo denuncia insistentemente la censura, pues esta sala de la Corte ha explicado con suficiencia que la supresión y liquidación de una entidad, si bien constituye un motivo legal de extinción del vínculo laboral, no representa una justa causa de despido, de las definidas de manera taxativa en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945”.

En igual sentido, en sentencia del 25 de mayo de 2005, Rad. 25000, se señaló:

“Con todo, el discurso del recurrente no logra variar lo adoctrinado por esta Sala de la Corte al interpretar la norma en cuestión, armonizándola con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 40 del Decreto Ley 2351 de 1965, en el sentido de que si bien es cierto, el cierre o clausura de las actividades de la empresa o establecimiento en forma definitiva, total o parcial, se enmarca dentro de los modos señalados por el artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 5° de la mencionada Ley 50 de 1990, también lo es, que esa situación deviene en un despido injusto aún cuando se conceda el permiso de la autoridad administrativa del trabajo para despedir a un número determinado de trabajadores, pues en últimas es el empleador quien decide en forma unilateral a quien retira, sin que se constituya esa determinación en una de las justas causas establecidas por la ley para dar ruptura a un contrato de trabajo”.

DEL CASO EN CONCRETO.

En esta instancia no existe controversia en cuanto a que el demandante: **i)** Carlos Alirio Murcia Guzmán ingresó a laborar al servicio de MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN el 27 de febrero de

1992 mediante contrato de trabajo a término indefinido; **ii)** El actor devengaba \$946.000; **iii)** MASTER S.A.S. fue declarada disuelta el 31 de marzo de 2017, y entró en liquidación en la misma fecha (fls 56 a 62); y **iv)** MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN viene pagando aportes a seguridad social del trabajador.

Así las cosas, y para verificar si el contrato de trabajo entre las partes finiquitó como consecuencia de la disolución y liquidación de la empresa empleadora, MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, se hace necesario verificar la comunicación remitida por ésta, el 05 de mayo de 2017, en la que se estableció expresamente (fl.20):

“Como es de público conocimiento MASTER SAS, actualmente “EN LIQUIDACIÓN”, fue disuelta desde el día 31 de marzo de 2016 y se encuentra con su producción totalmente inactiva desde el día 23 de agosto de 2016, situación que lamentablemente nos obliga a solicitar permiso al Ministerio del Trabajo para dar por terminado su contrato de trabajo, tal como lo establece el numeral segundo (2°) del artículo 61 del C.S.T.. Así las cosas, le comunicamos dicha situación, le agradecemos sinceramente los servicios que ha prestado a la compañía y le reiteramos que, tal como sucedió durante todo el tiempo en que se desarrolló su relación laboral con MASTER SAS “EN LIQUIDACIÓN”, la empresa seguirá cumplimiento puntalmente con sus obligaciones laborales hasta el último momento”.

Del mismo modo, en derecho de petición elevado por el actor el 18 de mayo de 2018 se dijo “A día de hoy, 18 de mayo de 2018, no es de mi conocimiento que el Ministerio de Trabajo haya autorizado la terminación de mi contrato laboral”; y en adenda del 19 de mayo de 2018, la empresa empleadora contestó (fls. 21 a 23):

“Durante todo este tiempo CARLOS ALIRIO, y usted es consciente de ello, son muy precarios, excepcionales y actualmente inexistentes los servicios que ha prestado a la empresa como contraprestación de los salarios que ha recibido, al punto que actualmente no está adelantando ningún trabajo o labor en MASTER SAS EN LIQUIDACIÓN. Tampoco en este tiempo, a CARLOS le consta, la empresa lo ha limitado para que usted pueda desarrollar otras actividades productivas, de hecho, por la misma inactividad en que estamos, ni siquiera se le ha requerido para que asista a la bodega donde se almacenan los activos restantes, por lo que todo su tiempo, en la práctica, lo tiene libre.

MASTER SAS "EN LIQUIDACIÓN", en la medida que ha realizado sus activos, ha venido cumpliendo las obligaciones con los trabajadores que aún quedan en nómina, priorizando los pagos de seguridad social y salarios (al punto que los primeros, contrario a lo que CARLOS ALIRIO afirma, se encuentran al día). Es así que no es por voluntad propia o negligencia que no se estén cubriendo los pagos que CARLOS ALIRIO nos reclama sino, como usted sabe insistimos, por la misma inactividad de la compañía (que ya alcanza, aproximadamente, 21 meses), no tenemos ningún ingreso.

(...) "Finalmente CARLOS ALIRIO, le manifestamos nuestra firme intención de ponernos al día en sus acreencias laborales a la mayor brevedad posible, pero es claro que los motivos que le acabamos de manifestar no nos permiten hacerlo de manera inmediata ya que escapan a nuestra voluntad y le ratificamos, que a pesar de la relación laboral (en el entendido que dentro de los parámetros legales de la liquidación de la empresa sus acreencias laborales le serán satisfechas, en los términos del inventario de liquidación que usted conoce), mientras se supera esta lamentable coyuntura, como dijimos, la compañía no limita ni lo restringe para que se vincule con terceros o busque ingresos en actividades productivas diferentes, esto aprovechando que no está prestando servicio o labor alguna en MASTER SAS EN "LIQUIDACIÓN", ni acudiendo a la empresa"

De esta manera, para la Sala es claro que en ningún momento el empleador ha terminado el contrato de trabajo, pues en la comunicación del 05 de mayo de 2017 condicionó tal situación al permiso que le pudiese otorgar el Ministerio del Trabajo, sin que se allegare a juicio tal permiso o siquiera el trámite de tal solicitud; y en la misiva del 19 de mayo de 2018, el empleador tampoco hace referencia a la terminación del vínculo contractual, por el contrario, hace alusión a que existen trabajadores que aún se encuentran en nómina, a los que se les está pagando seguridad social y salario, así como que por la inactividad de la empresa, el demandante no ha sido requerido, por lo que, en tales condiciones, es dable establecer que la relación laboral entre las partes no ha finiquitado.

En efecto, aunado que no obra documento alguno que permita establecer que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo, tampoco versa permiso del Ministerio de Trabajo, autorizando la finalización de la relación laboral, para establecer que esta terminó pese a que no existe prestación del servicio del

actor; recuérdese que ante tal escenario el artículo 140 del C.S.T. señala *“Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador”*.

Igualmente, es necesario resaltar que del **interrogatorio de parte del demandante**, no es dable extraer confesión en relación con la terminación del contrato de trabajo que sostuvo con MASTER SAS EN LIQUIDACIÓN, pues si bien mencionó que se encontraba desempleado, también adujo que fue la empresa quien lo mandó para su casa, que no lo volvieron a llamar, que le siguieron pagando aportes a pensión y salud como consecuencia de una acción de tutela que presentó, y que no le terminaron su contrato de trabajo, por lo que, de un estudio integral de tal prueba, no puede considerarse que aceptó el finiquito de su contrato de trabajo.

Lo anterior, cobra más fuerza si se tiene en cuenta que el testigo **Jesús Donald Osorno Pérez** manifestó, en calidad de compañero de trabajo del actor, que sólo hasta el 15 de febrero de 2021 finiquitó su relación laboral con MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN con quien llegó a un acuerdo; que MASTER S.A.S funcionó hasta 2018 y cerró la planta, realizando un despido masivo de trabajadores en septiembre; que los únicos trabajadores que quedaron fueron los que tenían problemas de salud; y que se han pagado aportes a salud y pensión por orden de tutela.

En consecuencia, considera la Sala que no existe medio probatorio alguno que permita establecer que la relación laboral entre las partes finalizó, por lo que, en tal sentido, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia. Asimismo, y como quiera que las condenas impuestas por **salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones**, se ven afectadas por la modificación del numeral primero de la sentencia, se hace necesario su reajuste, no obstante, y dado que

los salarios se pidieron hasta la fecha de presentación de la demanda, y las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones hasta la fecha de las sentencias de cada una de las instancias, se liquidarán de conformidad con lo pretendido.

Al punto, se rememora que el juzgador de segunda instancia carece de las facultades *ultra* y *extra petita*, y que estas únicamente se encuentran en cabeza del juez de única y de primera instancia. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la sentencia SL4487-2021, dispuso:

“Respecto de la última inconformidad del ataque, esto es, la atinente a la falta de aplicación de las facultades *extra o ultra petita* por parte del fallador de segundo grado - Art. 50 CPTSS-, para también negarle la razón a la censura, basta con recordarle que las mismas se encuentran reservadas al juez de única y primera instancia, quienes son los llamados a utilizarlas, por regla general, en tanto, el juzgador de alzada tan solo podrá hacerlo de manera excepcional, cuando la omisión del *a quo* en su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020)”.

Por tanto, se tiene que, por concepto de **salarios**, se adeuda la suma de **\$19'960.600**, pues se presentó demanda el 18 de noviembre de 2019 (fl.40); **cesantías, \$3'784.000; intereses a las cesantías, \$454.080; prima de servicios, \$3'784.000; y vacaciones, \$2'365.000**; téngase en cuenta que las cesantías se calcularon hasta 2021, pues las de 2022 no se han causado, misma situación que ocurre con los intereses a las cesantías de 2022, la prima de servicios del primer semestre de 2022, y las vacaciones del periodo del 27 de febrero de 2022. De conformidad con lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia.

Finalmente, no sobra advertir que, pese a que se modifica el valor de las condenas, no por ello se pueden reconocer las

sanciones moratorias deprecadas, pues MASTER S.A.S. se encuentra en liquidación desde el 31 de marzo de 2017, y la primera acreencia laboral objeto de condena data del 16 de febrero de 2018 – salario- (fls. 56 a 62); recuérdese que en las sentencias **SL2833-2017** y **SL1186-2019** se señaló que las sanciones moratorias no pueden operar más allá de la data en que entra en liquidación obligatoria la sociedad demandada, pues a partir de dicha fecha no se puede deducir que la empleadora siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán adecuar teniendo en cuenta las modificaciones realizadas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que la relación laboral existente entre CARLOS ALIRIO MURCIA GUZMÁN y MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN se encuentra vigente.

SEGUNDO - **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN debe pagar a CARLOS ALIRIO MURCIA GUZMÁN por concepto de **salarios, \$19'960.600; cesantías, \$3'784.000; intereses a las**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2019-00745 -01

Demandante: **CARLOS ALIRIO MURCIA GUZMÁN.**

Demandado: **MASTER S.A.S. EN LIQUIDACIÓN.**

cesantías, \$454.080; prima de servicios, \$3'784.000; y vacaciones, \$2'365.000.

TERCERO - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia. Las de primera, se deberán adecuar teniendo en cuenta las modificaciones realizadas en esta instancia.

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

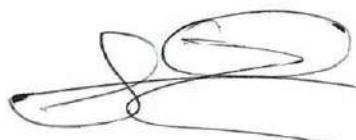
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01
Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.
Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN** promovió contra la **UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y AMBIENTALES-UDCA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita se declare que la existencia de un contrato de trabajo del 26 de julio de 2004 al 31 de enero de 2018; que se encontraba protegida por estabilidad laboral reforzada; y que el preaviso del 14 de diciembre de 2017 no surtió efecto alguno. Como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01

Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.

Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y AMBIENTALES- UDCA.

consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro el cargo que venía desempeñando o a alguno de mayor jerarquía; salarios, incrementos salariales, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social, desde el despido hasta que se haga efectivo su reintegro; y sanción de 160 días de salario.

Subsidiariamente solicita la ineficacia del preaviso del 14 de diciembre de 2017, incremento salarial para el año 2018; salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social dejados de percibir entre febrero y diciembre de 2018; sanción por no consignación de las cesantías; y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Fue vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo el 26 de julio de 2004 para desempeñar el cargo de docente en la carrera de medicina veterinaria zootecnia; **2)** Su contrato fue renovado constante e ininterrumpidamente hasta el 31 de enero de 2018; **3)** Impartía en junio y diciembre cursos intersemestrales de toxicología, farmacología, y farmacología aplicada; **4)** El 01 de julio de 2007 fue ascendida a Docente Instructor, y el 01 de enero de 2015 a Profesor con Nivel de Formación de Maestría; **5)** Cumplía funciones subordinadas, desempeñaba sus funciones conforme a la carga que le era asignada, cumplía funciones administrativas- entrevistas a aspirantes, inscripción de materias, y actividades en jornadas de instrucción-, y realizaba funciones de investigación; **6)** El 11 de noviembre de 2008 fue diagnosticada con hipertensión arterial; el 23 de agosto de 2012 de rinitis e hipertrofia de cornetes; el 09 de diciembre de 2012 de vértigo, tinitus y mareo; el 12 de diciembre de 2013 de hipertensión arterial diastólica; el 11 de septiembre de 2014 de hernia inguinal izquierda y hernia umbilical; el 11 de marzo de 2015 de trastorno inespecífico de repolarización; el 11 de junio de 2015 de función anormal de células externas de la cóclea e hipoacusia; el 23 de septiembre de 2015 de disfonía intermitente por abuso vocal; el 13 de junio

de 2016 de insuficiencia valvular pulmonar de grado trivial, insuficiencia tricuspedia con presión sistólica; el 16 de enero de 2018 de hernia inguinal izquierda y hernia umbilical; y el 17 de enero de 2018 se confirmó que padecía de trastorno inespecífico de repolarización; **7)** Fue objeto de cirugía el 31 de enero de 2018, por lo que, estuvo incapacitada desde este día hasta al 09 de febrero de 2018; **8)** El 14 de diciembre de 2017 se informó que su contrato finalizaría, siendo desvinculada a partir del 01 de febrero de 2018; **9)** El 23 y 24 de enero de 2018 solicitó que se reconsiderara la terminación de su contrato de trabajo, petición que fue negada el 25 de enero de 2018; **10)** La demandada conocía el estado de salud de la demandante, así como recibió su incapacidad del 31 de enero al 09 de febrero de 2018; **11)** Devengaba \$4'899.078; **12)** No se solicitó permiso para despedirla al Ministerio de Trabajo; **13)** El 14 de agosto de 2018 instauró acción de tutela, la que fue negada en ambas instancias; y **14)** No ha podido continuar con sus tratamientos médicos.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

La **UDCA** (fls.219 a 239), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de estabilidad laboral reforzada al momento de expirar el plazo del contrato a término fijo; inexistencia de despido en cualquier forma. En especial producto de discriminación proveniente del empleador, producto de discapacidad física con disminución porcentual de capacidad laboral diagnosticada; e inexistencia de las obligaciones demandadas por terminación legal del contrato a término fijo por preaviso oportuno, y pago.

Aceptó los hechos relativos a que la actora fue vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo el 26 de julio de 2004, para desempeñar el cargo de docente en la carrera de medicina veterinaria zootecnia; que el 01 de julio de 2007, la actora fue ascendida a Docente Instructor, y el 01 de enero de 2015, a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01
Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.
Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

Profesor con Nivel de Formación de Maestría; que la demandante cumplía funciones subordinadas, y cumplía funciones administrativas, tales como, entrevistas a aspirantes, inscripción de materias, y actividades en jornadas de instrucción; que el 31 de enero de 2018 a la demandante se le practicó procedimiento quirúrgico, por lo que, estuvo incapacitada desde este día hasta el 09 de febrero de 2018; que el 14 de diciembre de 2017 se informó a la demandante que su contrato finalizaría; que el 23 y 24 de enero de 2018, la actora solicitó que se reconsiderara la terminación de su contrato de trabajo; que recibió la incapacidad del 31 de enero al 09 de febrero de 2018; que la actora devengaba \$4'899.078; que no se solicitó permiso para despedir a la actora ante el Ministerio de Trabajo; y que la demandante el 14 de agosto de 2018 instauró acción de tutela. No aceptó los demás hechos.

Indicó que la actora suscribió un primer contrato a término fijo el 26 de julio de 2004 que finalizó el 12 de noviembre del mismo año; que el 24 de enero de 2005 se celebró el segundo contrato a término indefinido, el que finalizaría el 20 de mayo del mismo año, y que el 01 de agosto de 2005 se celebró un tercer contrato de trabajo a término fijo, el que se prorrogó hasta el 31 de enero de 2018, siendo comunicado el preaviso el 14 de diciembre de 2017.

Manifestó que la demandante no venía cumpliendo cabalmente con sus funciones, particularmente en el campo de la investigación científica, lo que permite concluir que la terminación de su vínculo no obedece a su condición de salud; que aunado a lo anterior, la demandante no demuestra una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de agosto de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

El A quo refirió, en síntesis, que no existe controversia en cuanto a que las vinculaciones que tuvieron las partes estuvieron regidas por contratos de trabajo a término fijo; que los dos primeros contratos, esto es, el del 26 de julio al 12 de noviembre de 2004, y el del 24 de enero al 20 de mayo de 2005, se extendieron por el término inicialmente pactado, y finalización por la misma razón; que el tercer contrato, es decir, el del 01 de agosto de 2005, se celebró por un término inicial de 4 meses y 15 días, siendo prorrogado por primera vez, hasta el 30 de abril de 2006, por segunda vez, hasta el 15 de septiembre de 2009, y por tercera vez, hasta el 30 de enero de 2007, fecha a partir de la cual las prórrogas debían ser anuales; y que por lo anterior, al finiquitar el contrato de trabajo el 31 de enero de 2018, terminó como consecuencia de la expiración del plazo fijo pactado, y se entregó preaviso el 14 de diciembre de 2017 (con antelación superior a 30 días).

Agregó que ninguno de los testigos tenía conocimiento específico de lo pactado contractualmente por las partes; y que la terminación del contrato se dio por una causa legal, y no por despido, como sostienen algunos testigos.

Señaló que si bien están acreditados algunos padecimientos que la actora tenía en su salud, lo cierto es que el empleador no era conocedor de estas situaciones médicas, más allá de que hubiera podido conceder algunos permisos o incapacidades; que al producirse el preaviso el 14 de diciembre de 2017, señalando que se terminaría el contrato de trabajo el 30 de enero de 2018, no puede considerarse que la incapacidad posterior sea una razón para establecer que el empleador vulneró su estabilidad laboral reforzada; que no se observa que los testigos de la parte demandada hubieran tenido como fin favorecer a su empleador, por lo que, al manifestar que ninguno de ellos recibió incapacidades de la actora, su declaración se considera como verdadera y real; y que no existe prueba de que la actora tenga

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01
Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.
Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

una limitación que no le permita desarrollar sus funciones o alcance una pérdida de capacidad laboral si quiera del 15%.

Finalmente, explicó que al haberse terminado el contrato de trabajo el 30 de enero de 2018, no era procedente el pago de las cesantías de 2017, por lo que no se incurrió en sanción por no consignación de las cesantías; y que no está en discusión que no se hubiere pagado la liquidación final de prestaciones sociales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Señaló que está acreditado que la actora laboró al servicio de la universidad demandada mediante un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, laborando del 26 de julio al 12 de noviembre de 2004, 24 de enero al 20 de mayo de 2005, y 01 de agosto de 2005, siendo prorrogado su contrato y estableciéndose que sería de un año, por lo que finalizaría el 31 de diciembre de 2017; que en la historia de aportes, están las cotizaciones que fueron realizadas año a año, así como los testigos dieron cuenta de este tipo de vinculación; que la actora se encontraba en estado de estabilidad laboral reforzada, pues en los derechos de petición del 23 y 24 de enero de 2018 y las declaraciones, a los docentes se les declaraba si eran o no aptos para ingresar, lo que quiere decir que estaba en condiciones óptimas de salud cuando ingresó, por demás que se solicitó la reconsideración del despido, anexándose la correspondientes historia clínica; que la recepción del derecho de petición fue aceptada en interrogatorio de parte, y en la insistencia de este, se señaló que sería sometida a una intervención quirúrgica el 31 de enero de 2018; que en el expediente obra incapacidad del 31 de enero de 2018 al 09 febrero de 2019, la que fue enviada por diferentes medios a la universidad, lo que también fue aceptado en interrogatorio de parte; que el día del despido la actora estuvo en cirugía, lo que en suma a las patologías que padecía, genera que tuviera una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01
Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.
Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

estabilidad laboral reforzada, por demás que los testigos dieron cuenta del conocimiento del estado de salud de la actora; que no se requiere la condición de invalidez para que exista la protección por debilidad manifiesta; y que por lo anterior, el despido de la actora debe ser ineficaz, existió un despido arbitrario y sin permiso del Ministerio del Trabajo.

PARTE DEMANDADA.

Indicó que no se pueden imponer costas y agencias en derecho pues las pretensiones fueron de alrededor \$500'000.000, por lo que ante el desgaste del proceso, la absolución de la universidad, resulta una suma muy exigua únicamente fijar un salario mínimo, más aún si se tiene en cuenta que atiende estudiantes y que se está frente a una pandemia; y que debe verse el asunto con seriedad, siempre se ha actuado de buena fe, y por el contrario fue la demandada quien fabricó su propia prueba pues sólo cuando se le pasó su incapacidad se fijó su fecha para cirugía.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver** se circunscriben a determinar, si el preaviso remitido a la accionante resultó ineficaz en virtud de los contratos de trabajo a término fijo celebrados; en segundo lugar se analizará si la terminación del vínculo laboral alegado por la demandada es ineficaz en consideración a que la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada; y finalmente se determinará si hay lugar a imponer costas por concepto de agencias en derecho.

DEL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO Y DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.

Mediante el **contrato a término fijo** las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo y que tiene una duración máxima de tres años, pero que puede ser renovado tantas veces como lo dispongan las partes. Asimismo, este contrato en los términos del artículo 46 del C.S.T., requiere que dicho pacto conste por escrito (Sentencia del 21 de abril de 1986, Rad. 0026, reiterada en la SL3718-2021).

En cuanto a la finalización del contrato a término fijo, la misma acontece por el vencimiento del término estipulado, siempre y cuando el empleador informe por escrito su determinación de no prorrogar el contrato de trabajo con una antelación no inferior a 30 días, pues de lo contrario se entenderá prorrogado por el término inicialmente pactado; cuando el contrato de trabajo es inferior a un año, únicamente se puede prorrogar por tres periodos con un término igual o inferior al inicialmente pactado, de manera que, una vez superadas tales prórrogas, la renovación no puede ser inferior a un año, tal como se desprende del contenido literal del aludido artículo 46 del C.S.T.

En relación con el **preaviso** recuérdese que este es como una confirmación de la terminación del contrato, pues si bien se conoce previamente la fecha en que se termina, la ley exige que mediante un preaviso se confirme la decisión de no renovarlo y de notificar a la otra parte, requisito que constituye un derecho mínimo a favor del trabajador.

En ese orden de ideas, se resalta que el preaviso *“por los especiales e importantes efectos que tiene la referida comunicación, es necesario que se exprese por escrito y, lo más importante, que contenga clara e inequívocamente la mencionada «...determinación de no prorrogar el contrato...», pues, como ya se dijo, cualquier silencio, vacío o duda al respecto lo transforma la ley en una prórroga automática o tácita reconducción del vínculo laboral”*. (SL2084-2019).

Finalmente, no sobra recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 2014, Rad. 54003, reiterada en las sentencias del 19 de octubre de 2016, Rad. 48879, y SL4909-2020, establece que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, ha dicho que los empleadores tienen la *«libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...»*.

Por otra parte, en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la **estabilidad laboral reforzada por fuero de salud**, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran

en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 ejusdem consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado. El citado artículo reza:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante Sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta “presenta un

carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que “el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral «por razones de su limitación física», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto, en sentencia SL10538-2016, dijo:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **(i)** que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; **(ii)** que el empleador conozca de dicho estado de salud; y **(iii)** que termine la relación laboral

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01
Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.
Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

“por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*.

En sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, dicha Corporación expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017. Al respecto, dijo la H. Corte:

“Dice el artículo 5° de la Ley 361 de 1997: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico **en caso de que dicha limitación no sea evidente**. Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 26, ibídem, disponía: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón

de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...).”.

De la lectura de las disposiciones en precedencia, emana palmariamente que para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine quanon que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor **era un hecho notorio.**”

Y recientemente, en sentencias SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021, la Sala de Casación Laboral, reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido en los siguientes términos:

“En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, **se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba,** que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito *“garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”*, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de

dichas personas.

Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce *“que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*, es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, **para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo,** y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente”. (Negrillas por la Sala).

En igual sentido, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer *“que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso”*, para señalar que *“el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la ya mencionada sentencia SL711-2021, en la que dispuso:

“En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta

Corte, «*el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada*» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador *por razón de su discapacidad*, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales».

Finalmente, y en cuanto a la estabilidad laboral reforzada en contratos a término fijo, en sentencia SL711-2021, se determinó:

“Con todo, se repite, el sentenciador colegiado sí incurrió en el dislate jurídico de concluir que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es aplicable a todo tipo de deterioro en la salud, sin que importe, que el empleador acredite que la causa de terminación del vínculo haya sido la expiración del plazo pactado, pues según el juzgador, ese aspecto no encaja dentro de las razones objetivas que debe acreditar el empleador, porque independientemente de la modalidad contractual, el trabajador tiene derecho a conservar el empleo, siendo otras las causas que el empresario debe demostrar ante la autoridad administrativa.

Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.

Pero habría que precisar, que ello solo es aplicable en los casos de trabajadores con discapacidad, es decir, aquellos a quienes logren acreditar que se encuentran en los rangos de protección aceptados por la jurisprudencia de la Corte, y no que opere en este tipo de vínculo frente a cualquier afectación a la salud”. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia los hechos relativos a *i)* la existencia del contrato de trabajo entre las partes a fin de que la demandante desempeñara el cargo de Docente Catedrático; *ii)* la modalidad elegida (término fijo); *iii)* las prórrogas hechas al último contrato suscrito; (fls 26 a 28); *iv)* el aviso de no renovación del contrato de trabajo del 14 de diciembre de 2017 y la consecuente terminación por vencimiento del plazo fijo pactado el 31 de enero de 2018; (fl 58 y 59); *v)* tampoco genera controversia el hecho relativo a la comunicación de los días 23 y 24 de enero de 2018, mediante la cual la demandante solicitó la *reconsideración de la terminación de su contrato de trabajo*, en virtud de su estado de salud, anexando la correspondiente historia clínica; y la respuesta negativa por parte de la entidad demandada el 24 de enero de 2018 (fls. 64 a 124 y 126 a 133); y finalmente, *vi)* que el 31 de enero de 2018, la demandante remitió comunicación donde informaba incapacidad médica a la universidad, así como correo electrónico con hora 7:07 P.M. (fls.134 y 135).

Adicional a la documental de folios 24 a 186 y 240 a 269, comparecieron a rendir testimonio **Doris Emilia Guerrero Sánchez, Sandra Estela Ujueta Rodríguez, Mauricio Alexander Torrado Durán, Teresa Carvajal Salcedo, Leonardo Roa, Marco Giovanni Leal García, Sandra Patricia Pineda Ramírez, y Johan Manuel Cifuentes Castellanos**, declaraciones de las que se extracta lo relevante para el proceso, así:

Doris Emilia Guerrero Sánchez dijo que se conoció con la demandante en la universidad; que trabajó en ésta, 20 años; que la actora era profesora de planta y de cátedra; que conoció a la demandante en el año 2004, cuando ella era la Secretaria del Comité de Ética y Bioética, y la demandante la representante de

la Facultad de Ciencias Pecuarias; que laboró hasta 2018 en la Universidad; que a la actora la despidieron injustificadamente, ya que, su desempeño en actividades era excelente; que le consta lo anterior, por cuanto al departamento que dirigía, llegaban las evaluaciones docentes, y ella tenía buenas calificaciones, así como porque tenía proyectos de investigación que fueron aprobados en las instancias respectivas por la Universidad, proyectos de extensión, hacía parte del programa de permanencia con calidad y de los grupos que trabajaban en la acreditación institucional, y asumía responsabilidades administrativas, como entrevistas a aspirantes; que la actora tuvo muchos cargos de responsabilidad, por su actividad docente y académica, siempre fue una profesora que estuvo muy cercana a los estudiantes, la querían mucho; que la demandante le mostró la carta que le pasaron de terminación del contrato, y para ella fue asombroso, pues a finales de noviembre, le habían dado la planeación académica de lo que se debía desarrollar el próximo año; que la carta es una proforma para dar por terminado un contrato; que a la actora le renovaron su contrato de trabajo anualmente; que era usual en la universidad hacer un examen médico de ingreso, así como tenían jornadas de salud y exámenes periódicos ocupacionales; que durante los 14 años que la demandante laboró, ésta estaba al tanto de las actividades de investigación; que la demandante en varias oportunidades, informó a la Universidad que estaba enferma, en varias oportunidades llegó a la Universidad con un holter para mirar la tensión arterial que tenía durante 24 horas, así como también, sufría de vértigo, tinitus, dos hernias, y de una arritmia cardiaca, aunado al estrés de la universidad; que la demandante tenía pendiente una cirugía de hernia; que el 2018, la actora fue operada, lo que informó a la Universidad por medio de un derecho de petición; que la actora le había avisado al Director de Programa de la intervención que le iban a hacer; que hubiera visto, asistido, estado presente o ser testigo del momento en el que la actora entregó esas incapacidades, no, porque no trabajaba en la Facultad de Ciencias Pecuarias, trabajaba como Directora del

Departamento de Ciencias Sociales y Humanas, por manera que, no conoce el día, hora ni las circunstancias de una manera directa; que entiende que si la actora tenía unas consultas médicas, unas incapacidades, ella hizo su entrega, como era obligación de los docentes; que no fue testigo directo, la demandante me comentaba de su situación de salud; que por la relación que tenía con la actora, sabía de la situación física en la que ella iba a veces a la Universidad; que la cirugía de las hernias fue en enero del 2018; y que supo de la necesidad de la cirugía de la actora en noviembre de 2017.

Sandra Estela Ujueta Rodríguez manifestó que es docente de la UDCA desde hace 24 años; que fue compañera de trabajo de la demandante, compartiendo proyectos de investigación; que ingresó a la universidad en julio de 1997; que no tiene claro cuántos contratos tuvo la actora, pero inicialmente estuvo en 2004, luego debió tener otro, de enero a junio- julio de 2005, y en 2006, empieza con su contrato de tiempo completo anualizado; que los contratos eran a término fijo; que los contratos iban del 31 de enero al 31 de diciembre todos los años, salvo algunas excepciones muy contadas; que hasta el 31 de enero de 2018, trabajó la demandante con la universidad; que no dieron ninguna razón de desvinculación de la demandante, fue sin justa causa; que la demandante venía presentando problemas de salud, tinitus, hipertensión, una arritmia ventricular, rinitis, vértigo y dos hernias; que la demandante presentó varias incapacidades, lo que le consta porque cuando estuvo de decana, ella le entregó varias; que fue decana de 2006 a 2010; que la actora le pidió el favor de entregar personalmente la incapacidad del 31 de enero de 2018, y no se la recibieron; que esa incapacidad la demandante la envió como para el 01 de febrero de 2018; que la demandante ya venía presentando dolencias, y oportunamente, presentaba sus incapacidades, e informaba, y ya como jefe, se podía informar, ya sea verbalmente, o llenando unos formatos; que la demandante trató de ubicar el periodo intersemestral para practicarse ese procedimiento, ya venía como desde 2014 con ese

padecimiento, pero tuvo clases en tales periodos; que la demandante cumplía funciones de docencia relacionadas con los cursos semestrales de farmacología, farmacología aplicada y toxicología, cursos intersemestrales, y realizaba actividades de investigación, proyectos de innovación, y actividades de extensión relacionadas con concursos de educación continua; que la demandante presentó un muy buen desempeño académico; que es una situación sorpresiva el despido; que la actora venía presentando todos esos padecimientos, y pues a lo último, la necesidad de un procedimiento quirúrgico para tratar sus dos hernias; que la demandante solicitó una reunión con el rector para explicarle cuál era su situación; que hubo productos de investigación en 2017, incluso hay artículos publicados, hubo la entrega de los informes con un prototipo, y un software de innovación; que la demandante siempre fue una persona muy cumplidora de sus horarios, de sus tareas, y con sus estudiantes; que la actora entregó y cumplió con sus proyectos; que no estaba en el momento cuando la actora debió entregar incapacidades; que hay una heteroevaluación que corresponde a sus jefes inmediatos, la decana o los directores de programa en su momento, así como la evaluación de los estudiantes, y en ambas su rendimiento era satisfactorio.

Mauricio Alexander Torrado Durán dijo que es el Coordinador del Talento Humano, adscrito a la Dirección de Desarrollo Humano y Bienestar con la UDCA; que ingresó en agosto del 2014, y lleva cuatro años, en el cargo de coordinar talento humano; que no conoce personalmente a la demandante; que tiene conocimiento de tres contratos que ejerció la actora con la Universidad, 26 de julio al 12 de noviembre de 2004, 24 de enero al 20 de mayo de 2005, y 01 de agosto de 2005 al 15 de diciembre hasta el 2005; que los contratos eran a término fijo; que los dos primeros contratos no se prorrogaron, el tercer contrato, sí se prorrogó; que se generaron las tres primeras prorrogas por el término inicialmente pactado, y luego de un año; que la universidad realiza un proceso para verificar la

continuidad o terminación de un contrato de un trabajador, de modo que, la Dirección de Desarrollo Humano y Bienestar, informa a la rectoría los contratos que están a término de vencerse, para que por parte de las direcciones y las facultades se realice una evaluación o verificación; que este proceso se hace más o menos unos dos meses antes de la finalización del contrato de los trabajadores; que en el caso de la actora, les informaron que ese contrato no se debía prorrogar, por lo que, procedieron a realizar el correspondiente preaviso; que la Dirección de Desarrollo y Bienestar, se encarga de revisar que la trabajadora no se encuentre en incapacidad o tenga algún un estado médico especial; que para el momento de la terminación de la actora no era Coordinador de Talento Humano, pero en el análisis que se hizo de la carpeta de la trabajadora, no se encontró antecedentes clínicos; que no sabe si de manera verbal, la demandante manifestó algún tipo de patología; que desde su experiencia, cree que a la actora se le practicó examen médico de ingreso; que el tercer contrato de la demandante tenía un tiempo inicial de 135 días, se prorrogó durante tres ocasiones, y la cuarta prórroga, se hizo por 360 días; que no tiene conocimiento de una extensa radicación de incapacidades por parte de la demandante, pudo haber allegado a presentar algún tipo de incapacidad en algún momento, como la de cualquier tipo de trabajador; que no sabe si la demandante iba a radicar alguna incapacidad el 31 de enero de 2018; y que el periodo vacacional de la universidad es colectivo es más o menos entre el 15 de diciembre y el 15 de enero de cada año.

Teresa Carvajal Salcedo explicó que actualmente es la Decana de la Facultad de Ciencias Agropecuarias, de la cual dependen los programas de ingeniería agronómica, medicina, medicina veterinaria y zootecnia; que está vinculada con la UDCA hace 29 años, y en el cargo de decana, 10 años; que conoce a la demandante como profesora; que la actora tenía un contrato laboral que se vence año a año, contrato a término fijo; que la demandante como profesora de planta, estaba sometida a unas

funciones en la universidad; que de talento humano, solicitan que se haga la evaluación de los profesores para ver si hace la renovación año a año; que la actora está adscrita al área de Medicina Veterinaria Zootecnia, siendo el profesor Leonardo Roa el director de ese programa; que cuando recibió la comunicación de talento humano, inmediatamente pasó esta al Director del Programa; que la conclusión en el caso de la demandante fue no renovar, de acuerdo con las funciones sustantivas que estaba desempeñando, especialmente en lo relacionado con la investigación, porque estábamos en proceso de acreditación del programa, y se exigía una producción, y un grupo categorizado en Colciencias, y la demandante nunca quiso participar de un grupo de investigación; que esos contratos llegan a talento humano, en donde remiten una carta al profesor diciéndole que no continuará su contrato; que formalmente nunca hubo algo que nos dijera que la actora tenía una enfermedad; que cuando un profesor se incapacita, ya sea por accidentes laborales o porque tiene enfermedades, envían su incapacidad a talento humano; que para finales de 2017 no recibió ninguna incapacidad; que entre el 2016 y el 2017, la demandante trabajó un software para garrapata, y posteriormente presentó otra propuesta, empero, no se avaló el proyecto, siendo mandado a la Universidad de Antioquia, en donde se emitió concepto señalándose una respuesta negativa para continuar con este; que las reuniones se hacen tradicionalmente, y en esta se determinó que la actora no venía cumpliendo con sus responsabilidades; que ante lo anterior, no hubo ninguna respuesta, la actora no pronunció ninguna palabra ese día; que la demandante se vincula con una universidad en crecimiento, pero luego, cuando entra en unos procesos, demanda de sus profesores, un nivel de exigencia mayor, de acuerdo con la formación, de manera que, un profesor con maestría, formado para hacer investigación, debía generar artículos científicos, porque eso es lo que requieren los entes institucionales y Nacionales para poder ser acreditadas; que en el ámbito académico no se hace un proceso disciplinario para que un profesor cumpla con lo que sabe que tiene que cumplir,

simplemente está el recurso de la no renovación del contrato por expiración del plazo; que la reunión de noviembre de 2017, se hizo con los miembros del consejo de Facultad, se le dijo a los profesores, está fallando esto, y el profesor responde o no responde ante el requerimiento; que se enteró cuando se decidió la no renovación del contrato de la actora, que ésta había entregado la carta de una dolencia que nunca había sido comunicada; y que no aplican procesos disciplinarios, hacen reconvenciones cálidas y respetuosas en el ambiente académico, no recurren a castigar ni fustigar, y si no funciona, simplemente recurrimos a las opciones que da la ley, como lo es, la no renovación de un contrato.

Leonardo Roa señaló que es docente de planta de la Facultad de Ciencias agropecuarias de la UDCA, desde 2006; que a partir del año 2011 fue designado como Director del Programa de Medicina Veterinaria y Zootecnia, la que ejerció hasta el 2021; que conoce a la demandante porque estuvo vinculada con la universidad; que la actora tuvo contratos a término fijo; que generalmente se hace una evaluación anual de todos los cargos, no solamente de los profesores, de todo el personal, y con base en eso, la Universidad opta por hacer las renovaciones o las terminaciones de los contratos; que la demandante laboró hasta enero de 2018; que en el proceso de evaluación se observan los resultados de cada uno de los docentes, y se solicitan conceptos de la persona que está haciendo el seguimiento de todas sus actividades; que fue él quien se envió el concepto previo respecto del desempeño de la actora; que al profesor se le dice, se le advierte, de manera muy constructiva través de reuniones, la posibilidad de mejora, sin embargo, en el caso de la actora, no se dieron las mejoras esperadas; que la recomendación de la actora fue la no renovación, teniendo en cuenta los resultados y las dificultades que se venían presentando, ya que habían muchas debilidades en relación con la investigación, con la proyección social, y la relación con los estudiantes también empezó a ser un poco difícil; que de la salud de la actora únicamente recuerda su

embarazo, y alguna gripa; que la actora no satisfizo las expectativas que hay frente a un profesor con formación de maestría, especialmente, investigación y artículos, hay una productividad como de un artículo cada dos años; que la demandante había generado dos productos de investigación durante todo su tiempo de vinculación que estaba alrededor de los 12-13 años, era un desempeño bajo frente a las expectativas de la Universidad y frente a los temas de acreditación institucional; que hay una actividad que la demandante desarrolló, que fue un prototipo de un software, que originalmente estaba enmarcado dentro de las actividades de investigación, pero por organización interna de la Universidad esto pasó a la vicerrectoría de extensión; que esa propuesta no fue aprobada a nivel interno, por lo que, se buscó un concepto externo, que también la desestimó; que los profesores de planta desarrollaban actividades de docencia, 18 horas de las 40 semanales; que dentro de las actividades concebidas como anexas a las funciones sustantivas, está la docencia, investigación, y extensión, siendo asignadas a la demandante una asignación de tiempo de alrededor 190 horas durante todo el año, de las cuales sólo hubo 48 horas efectivas de trabajo; que la demandante desarrolló un curso intersemestral en junio-julio, el cual se agotó, y otro curso, en noviembre-diciembre, no obstante, este curso no se logró llevar a feliz término por las quejas de los estudiantes, no se estaba cumpliendo con la asistencia a los cursos, y se tuvo que recurrir a otro profesor; que tradicionalmente es parte como de la política de la universidad, que cuando vienen los vencimientos de los contratos, se haga una reunión con Consejo de Facultad, en donde se analiza la situación de cada trabajador, se identifican los niveles de cumplimiento, siendo convocada en la de 2017, la demandante, a quien se le comentaron las dificultades que habían, los resultados, y lo que esperaba la facultad, situaciones que eran reiteradas desde años anteriores, pero la demandante no mencionó nada, sólo escuchó; que la demandante nunca manifestó que tuviera o que padeciera alguna patología o

enfermedad que impidiera el cumplimiento de sus funciones; que durante la reunión, la demandante no manifestó nada de su condición de salud; que en el ámbito académico lo que buscan es tratar agotar siempre las vías del diálogo, conversar directamente; que tuvo la posibilidad de conversar en muchas oportunidades con la demandante invitándola a que hubiera una mejora; que el preaviso, se hace desde el nivel de la dirección de talento humano y bienestar, y rectoría; que el periodo vacacional tradicionalmente es del 14 de diciembre al 10-14 de enero del año siguiente; que desconoce que le fueran a practicar una intervención quirúrgica a la actora; y que no conoce sobre la negación de la universidad de recibir la incapacidad médica de la actora.

Marco Giovanni Leal García señaló que tuvo un vínculo con la UDCA desde el 01 de febrero de 2011 como profesor de planta y desde el 03 de septiembre de 2019, dirigiendo el programa de Medicina Veterinaria desde el 03 de septiembre de 2012 hasta junio o julio de 2018; que no dirigía el programa de Medicina Veterinaria Zootecnia, que era al que estaba adscrita la demandante; que conoce a la demandante porque compartieron la cátedra de farmacología; que la demandante tenía un contrato a término fijo; que en la universidad había labores de extensión, investigación y docencia; que en la reunión del Consejo de Facultad se habló de los avances del proyecto que estaba trabajando la demandante; que no recuerda que se hubiera hablado en la reunión de la situación de salud de la actora; que la actora tuvo funciones de docencia y para ese entonces un proyecto relacionado con un software de registro de poblaciones de garrapatas; y que de la actora alguna vez habló algo relacionado con sus articulaciones, pero desconoce si tal situación la conocía la universidad.

Sandra Patricia Pineda Ramírez adujo que era docente de planta de la Facultad de Ciencias Agropecuarias en el área de Medicina veterinaria y de la zootecnia; que labora hace 23 años

con la UDCA; que conoce a la demandante por el trabajo en la Universidad, era profesora de planta de la facultad y estaba adscrita al programa de Medicina Veterinaria y Zootecnia; que estuvo en una reunión en el Consejo de Facultad, en donde el Doctor Leonardo Roa presentó un informe de desempeño de las actividades que la demandante tenía a su cargo; que la demandante estaba presente cuando se presentó el informe por parte de Leonardo Roa; que el informe era sobre la verificación del cumplimiento de las actividades que como docente la actora tenía a su cargo, se identificaron algunas dificultades, se hizo la retroalimentación, y la demandante no dijo nada; que la demandante no informó que padeciera de una patología o enfermedad que impidiera el cumplimiento de sus funciones; y que no sabía que la demandante estaba enferma.

Finalmente, **Johan Manuel Cifuentes Castellanos** mencionó que era el Director de Investigación y Gestión del Conocimiento de la UDCA; que desde el 03 de septiembre de 2012 está vinculado en la UDCA, y es Director de Investigación desde febrero de 2018; que conoce a la demandante porque fue profesora de planta la universidad; que la demandante participó en proyectos de investigación, en uno de residual antibiótica y en otro de garrapatas; que en el último proyecto, la demandante participaba como co-investigadora, la investigadora principal era la profesora Ujueta; que la universidad se acoge a las políticas nacionales, las que orientaba Colciencias; que la demandante pertenecía a un grupo que se llamaba sanidad ambiental, sin embargo, es un grupo que no tenía el aval institucional; que la Universidad tiene un proceso para avalar los grupos de investigación, y presentarlos frente a Colciencias, pues ello, deriva de la posibilidad de ser categorizado, teniendo en cuenta su producción; que el software no cumplió en ningún momento con los indicadores de existencia de calidad que exige Colciencias para ser reconocido; que la demandante se presentó a una convocatoria, no está seguro si fue a Colciencias, con apoyo de Connect Bogotá; que el proyecto fue seleccionado, pero la

verdad no está seguro de que se hayan otorgado premios por esto; y que el proyecto desde su inicio fue denominado como proyecto de innovación.

Pues bien, de conformidad con el acervo probatorio recolectado, sea lo primero precisar que los testimonios han sido estudiados de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, y que no se avizora dentro de sus declaraciones ningún tipo de contradicción, especialmente, respecto de los testigos de la demandada, esto es, Mauricio Alexander Torrado Durán, Teresa Carvajal Salcedo, Leonardo Roa, Marco Giovanni Leal García, Sandra Patricia Pineda Ramírez, y Johan Manuel Cifuentes Castellanos, pues por el contrario sus testimonios resultaron contestes, fidedignos, por lo que, en tales condiciones serán tenidos en cuenta en su integridad.

Aclarado lo anterior, se hace necesario advertir que está acreditado con suficiencia que la vinculación de la accionante a la UDCA se efectuó mediante tres contratos de trabajo a término fijo con solución de continuidad, que se extendieron en los siguientes periodos: i) 26 de julio al 12 de noviembre de 2004; ii) 21 de enero al 20 de mayo de 2005; y iii) 01 de agosto de 2005 que se extendió hasta el 31 de enero de 2018.

En efecto, al plenario fueron arrimados los correspondientes contratos de trabajo a término fijo, en donde se logra establecer que dichas vinculaciones se desarrollaron en los términos expuestos (fls. 27 a 30). Aunado a ello, en **interrogatorio de parte, la demandante** manifestó que ingresó el 26 de julio de 2004; que celebró tres contratos a término fijo inferiores a un año; y que el tercer contrato fue el que se le renovó anualmente, lo que resulta conteste con la historia laboral de aportes a seguridad social en pensiones, señalada por la apoderada de la parte actora, en su impugnación, pues lo que allí se avizora es que, entre cada contrato de trabajo se presentó

interrupción, como quiera que entre la primera y segunda contratación, no fue objeto de cotización el periodo de diciembre 2004, y entre la segunda y tercera contratación, no fue objeto de aporte los periodos de junio y julio de 2005 (fls. 51 a 57).

Frente al punto, debe señalarse que el testimonio de Sandra Estela Ujueta Rodríguez, resulta insuficiente para establecer que el contrato tenía otros extremos, pues si bien mencionó que los contratos normalmente eran año a año, esto es, del 01 de enero al 31 de diciembre de cada año, también aludió a que existían casos en que los extremos temporales de los contratos eran diferentes.

En ese orden de ideas, el preaviso del 14 de noviembre de 2017 (fls. 58 y 59), está referido al tercer contrato de trabajo a término fijo, por lo que, para verificar si se presentó en consideración a los términos expuestos en el artículo 46 del C.S.T. se hace necesario evaluar las prórrogas del aludido contrato, las que operaron de la siguiente manera, en consideración a que el contrato se celebró hasta el 15 de diciembre de 2005, esto es, por un término inicial de 4 meses y 15 días:

- **Vigencia inicial:** Del 01 de agosto de 2005 al 15 de diciembre de 2005
- **1ra. Prórroga:** Del 16 de diciembre de 2005 al 30 de abril de 2006 (término inicialmente pactado).
- **2da. Prórroga:** Del 01 de mayo de 2006 al 15 de septiembre de 2006. (término inicialmente pactado).
- **3ra. Prórroga:** Del 16 de septiembre de 2006 al 31 de enero de 2006. (término inicialmente pactado).
- **4ra. Prórroga en adelante:** Anualmente, contando a partir del 01 de febrero de 2006, siendo para el año 2017, del 01 de febrero de 2017 al 31 de enero de 2018.

Por tanto, considera la Sala que al remitirse un preaviso el 14 de noviembre de 2017, informándose que la relación laboral finiquitaría por expiración del plazo fijo pactado el 31 de enero de 2018, la Universidad se ajustó a lo establecido en el artículo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01

Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.

Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

46 del C.S.T., por lo que, no es dable declarar la ineficacia pretendida y, en consecuencia, se evaluará si la demandante gozaba de **estabilidad laboral reforzada en consideración a su estado de salud.**

Frente al punto, observa la Sala que la accionante estuvo vinculada con la UDCA desde el 26 de julio del 2004 y que, conforme al análisis de su historial clínico, desde el 11 de noviembre de 2008 presentó la patología de hipertensión arterial y, desde del año 2012, presentó cuadros de rinitis, hipertrofia de cornetes, vértigo, tinnitus, mareo, hipertensión arterial diastólica, hernia inguinal izquierda y hernia umbilical, trastorno inespecífico de repolarización, función anormal de células externas de la cóclea e hipoacusia, disfonía intermitente por abuso vocal, insuficiencia valvular pulmonar de grado trivial, e insuficiencia tricuspidea con presión, tal y como se deriva de la historia clínica obrante a folios 64 a 116; no obstante, en un primer plano, no se tiene certeza que el móvil del empleador para finiquitar el contrato de trabajo fuera el padecimiento de tales patologías, pues no obra ninguna prueba documental, en la que se observe que hubiera sido informado de las enfermedades aludidas cuando tomó la determinación de no prorrogar el contrato de trabajo de la demandante, lo que se reitera, ocurrió **el 14 de diciembre de 2017**, pues fue sólo hasta cuando se elevaron los derechos de petición del **23 y 24 de enero de 2018**, que se avizora se señaló tal situación y se anexó la correspondiente historia clínica por parte de la trabajadora.

Aunado a ello, los testimonios de Doris Emilia Guerrero Sánchez y Sandra Estela Ujueta Rodríguez son insuficientes para establecer que el empleador previo al 14 de diciembre de 2017 conocía de la situación de salud de la actora, pues si bien dieron cuenta que la actora presentó algunos problemas de salud, así como que en ocasiones la vieron con un holter para medir su tensión arterial, fueron claras en manifestar que no estuvieron presentes o fueron testigos del momento en el que la actora

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01
Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.
Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

entregó sus incapacidades, únicamente suponen, que si tenía consultas médicas o incapacidades, ésta hizo entrega de tal documentación, como era su obligación.

Por tanto, ante la falta de material probatorio que dé cuenta que el empleador conocía la situación de salud de su trabajadora, y que las testigos comparecientes en tal aspecto, son indirectas, no es dable establecer el conocimiento de la demandada frente a las patologías que la actora padecía al momento de tomar la decisión de terminar su contrato de trabajo y elaborar el correspondiente preaviso, aunado a lo anterior tampoco se deriva de la prueba arrojada un estado de enfermedad notorio que necesariamente impusiese afirmar que el empleador debió conocerlo, máxime si se tiene en cuenta que los restantes testigos, fueron claros en manifestar que no conocieron alguna enfermedad de la trabajadora y especialmente, que se encontrara en estado de incapacidad al momento de efectuarse el preaviso de la terminación del contrato de trabajo; por demás que, las testigos Doris Emilia Guerrero Sánchez y Sandra Estela Ujueta Rodríguez dieron cuenta de que la cirugía que se le realizaría a la actora el 31 de enero de 2018 lo sería por las hernias que padecía, lo que tenía un antecedente desde 2014.

Así mismo, considera necesario la Sala resaltar que si bien la testigo, Sandra Estela Ujueta Rodríguez señaló que no le permitieron radicar la incapacidad de la accionante del 31 de enero al 09 de febrero de 2018, lo cierto, es que también manifestó que ello lo intentó el 01 de febrero de 2018, esto es, cuando la relación laboral ya había finiquitado; y que si bien se avizora un correo electrónico del 31 de enero de 2018 remitido por la actora, este tiene como hora 7:07 P.M.; circunstancias que en todo caso, y de conformidad con el discurso expuesto ocurrieron luego de haberse informado la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador a través de preaviso.

Aunado a lo anterior, el expediente no cuenta con prueba alguna de que las patologías que padecía la demandante le generaban una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 15%, resultando insuficiente para ello la documental consistente en la historia clínica de la demandante, pues si bien las partes gozan de libertad probatoria para acreditar tal supuesto, ello no quiere decir que no se alleguen las pruebas necesarias para poder determinar que se está frente a una patología que deber ser objeto de protección por estabilidad laboral reforzada, por demás que se insiste- no es dable determinar que se estaba frente a un hecho notorio, pues no se avizora que las patologías aludidas ostenten una gravedad que impidiera a la trabajadora desempeñar sus funciones con suficiencia.

Las anteriores razones son suficientes para establecer que la demandante no era sujeto de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud; no obstante, y en gracia de discusión, se habrá de señalar que con los testimonios de Mauricio Alexander Torrado Durán, Teresa Carvajal Salcedo, Leonardo Roa, Marco Giovanni Leal García, Sandra Patricia Pineda Ramírez, y Johan Manuel Cifuentes Castellanos, es posible determinar que el móvil del finiquito contractual no fue el estado de salud de la demandante.

En efecto, aunado a que no se probó que el empleador conociera su condición de salud de la trabajadora, para la Sala resulta relevante para desatar la controversia, la documental arriada a las diligencias que da cuenta de un desempeño insuficiente, - o al menos insatisfactorio - de la trabajadora durante la vigencia contractual 2017, tal como se desprende del documento de fls. 249 del expediente físico, contentivo de un correo electrónico enviado a la demandante por su superior - Leonardo Roa- fechado el **11 de septiembre de 2017**, en el que la requiere para que dé respuesta a dos *solicitudes de apoyo* hechas anteriormente a las que la trabajadora había hecho caso omiso, relativas a la calidad de las investigaciones por esta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01
Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.
Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

adelantadas, así como el memorando DFCA/0275 fechado el **7 de diciembre de 2017**, (folio 258 y ss del expediente físico) en el que se rinde un informe de cada uno de los docentes, y se informa de manera detallada el desempeño insuficiente de la demandante y el concepto no favorable de renovación de su contrato de trabajo.

Como puede verse, ambos documentos tienen fechas anteriores al aviso de no renovación del contrato de trabajo y de ellas se desprenden nítidas las razones - por demás objetivas- por las cuales se decidió no renovar el contrato de trabajo, fechas estas que en todo caso resultan ser muy anteriores a la comunicación donde la demandante mediante derecho de petición informa al empleador de las patologías que padece.

Ello además encuentra apoyo en la testimonial arrojada, pues los testigos son claros en manifestar que la accionante venía presentando un desempeño irregular en el cumplimiento de sus funciones, especialmente, en el desarrollo de su función de investigación, y que pese a que el señor Leonardo Roa (su superior) le comunicó, en reiteradas ocasiones, las falencias que estaba presentando, ésta siguió incurriendo en dichos yerros u omisiones en sus funciones, sin encontrarse mejoría.

Por las razones anteriores para la Sala es claro que la terminación del contrato de trabajo de la demandante terminó por causas objetivas, sin acreditarse para la fecha del aviso de la no renovación que la demandante fuera objeto alguno de fuero de estabilidad reforzada y que el fenecimiento del vínculo hubiese acontecido en razón de los padecimientos de salud de esta y por ello **SE CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia en el punto de apelación.

Finalmente, y en cuanto a los reparos expuestos por la demandada frente a las costas, y en específico frente al **valor de las agencias en derecho**, la Sala se abstendrá de hacer

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01
Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.
Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

VII. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN:

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

R E S U E L V E:

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00566 -01

Demandante: LUZ ALEJANDRA ARAQUE MARÍN.

Demandado: UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y
AMBIENTALES- UDCA.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JAIRO ENRIQUE SILVA RIVEROS** promovió contra **CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINOS DE IBIZA P.H.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 01 de noviembre de 2018 al 15 de agosto de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de prestaciones sociales, vacaciones, seguridad social integral, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago de intereses

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00669 -01

Demandante: JAIRO ENRIQUE SILVA RIVEROS.

Demandado: CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINOS DE IBIZA P.H.

a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, y sanción moratoria.

Subsidiariamente solicita la declaratoria de un contrato de prestación de servicios, junto con el correspondiente pago de honorarios, intereses civiles, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demanda argumentó que: **1)** El 01 de noviembre de 2018, se vinculó al servicio de la demandada para desempeñar el cargo de Administrador; **2)** Debía cumplir un horario de trabajo de lunes, martes, miércoles, y viernes de 8:00 A.M. a 5:00 P.M., con hora y media de almuerzo; los jueves de 2:30 P.M. a 9:00 P.M.; y los sábados de 9:00 A.M. a 12:00 M.; **3)** Para el desarrollo de sus funciones debía contar con la aprobación del Consejo de Administración, así como debía presentar informes sobre las tareas que le eran asignadas; **4)** La seguridad social era descontada y pagada por la demandada; **5)** Devengaba \$3'864.619; y **6)** No le pagaron prestaciones sociales, vacaciones.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINOS DE IBIZA P.H. (fls.70 a 80), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, inexistencia del contrato de trabajo y por consiguiente inexistencia de la obligación, ausencia de buena fe en el demandante, y la genérica.

Aceptó los hechos relativos a que el 01 de noviembre de 2018 el actor empezó a desempeñar sus funciones como Administrador; que al demandante se le pagaba por concepto de honorarios \$3'864.619; y que la relación contractual finiquitó el 15 de agosto de 2019. No aceptó los demás hechos.

Expuso que el contrato que ató las partes fue mediante contrato de prestación de servicios; que el demandante desarrollaba su cargo de Administrador con autonomía, sin sujeción a ningún tipo de subordinación, pues no cumplía horario de trabajo, y lo que se hacía era un seguimiento del servicio que prestaba.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de agosto de 2021, accedió a las pretensiones *subsidiarias* de la demanda declarando que entre el demandante y la demandada existió un contrato de prestación de servicios entre el 01 de noviembre de 2018 y el 15 de agosto de 2019, condenando en consecuencia a la demandada al pago de \$2.048.250.00 por concepto de honorarios del mes de agosto de 2019, valor que deberá cancelarse de manera indexada desde el referido mes hasta el momento en que se efectúe el pago de lo adeudado, absolvió de las demás pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

En síntesis, refirió el A Quo, que no fue materia de discusión la prestación personal de servicios por el demandante al servicio del conjunto residencial en calidad de Administrador del 01 de noviembre de 2018 al 15 de agosto de 2019; ello mediante contrato escrito de prestación de servicios, por lo que, era carga de la parte demandada desvirtuar el elemento de la subordinación; carga que el A Quo encontró probada con la prueba testimonial de la que dedujo que el demandante era autónomo, podía gestionar su agenda a través de la Secretaria, Mireya Hernández; que era su función contratar los servicios que fueran requeridos, previo del Consejo de Administración, y prestar informes mensuales, según el contrato suscrito y la misma Ley 675 de 2001, por demás que su función era principalmente la representación de la propiedad horizontal;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00669 -01
Demandante: JAIRO ENRIQUE SILVA RIVEROS.
Demandado: CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINOS DE IBIZA P.H.

resaltando que en todo caso, la demandada estaba legitimada para supervisar las funciones de éste; que no aparece demostrado que el actor hubiese sido objeto del poder disciplinario por parte de la demandada; pruebas todas ellas que llevan a concluir que no se está ante la existencia de un contrato de trabajo.

Así entonces, al evidenciar que no se acreditó el pago de honorarios correspondientes a agosto de 2019, condenó a la pasiva a éstos indexados, por demás que evidenció que no operó el fenómeno extintivo de la prescripción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Señaló que existió un contrato de trabajo, pues la subordinación además del cumplimiento de un horario de trabajo, está planteada desde los requerimientos excesivos del Consejo de Administración.

PARTE DEMANDADA.

Indicó que era necesario que se acreditara una cuenta de cobro por concepto de los honorarios de agosto de 2019.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que transcurrió en silencio .

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

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si la relación existente entre las partes devino en realidad en un contrato de trabajo; y de otro lado, si hay lugar al reconocimiento y pago de los honorarios de agosto de 2019.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS. UNIDAD DE EMPRESA Y GRUPO EMPRESARIAL.

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

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

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

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

Entonces, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo con las consecuencias que de ello hace derivar la ley.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No resultan ser objeto de controversia en el proceso los hechos relativos a *i*) la suscripción entre las partes de un contrato de prestación de servicios a partir del 01 de noviembre de 2018, para que el demandante desempeñara el cargo de Administrador (fls.15 a 18); contrato el cual mediante otrosí suscrito el 24 de abril de 2019, se dispuso que sería extendido hasta el 20 de mayo de 2020 (fls. 19 y 20); ii) los honorarios pactados por valor mensual de \$4'095.500 (fl.90); y iii) que el

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

contrato fue terminado el 15 de agosto de 2019, alegándose un incumplimiento de sus funciones (fl.21).

Al proceso se allegó como prueba, la documental de folios 11 a 60 y 81 a 155, así como las declaraciones de los testigos Naisle Porras Gualdron, Gloria Milena Granados Rodríguez, Alexander Rivera Ramírez, y Sandra Milena Colorado Cubillos prueba que la Sala tomará como fundamento de su decisión.

Pues bien, evaluada en conjunto la totalidad de la prueba, bajo los lineamientos del art. 58 del C.P.T.S.S., la Sala concluye que le asistió la razón al A Quo cuando declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios, es decir de uno ausente de las características del contrato de trabajo.

Lo anterior, por cuanto, si bien para la Sala es claro que el elemento de la prestación del servicio se encuentra acreditado, pues además que entre las partes se celebró por escrito un contrato de prestación de servicios (fls. 15 a 18) y la totalidad de los testigos fueron contestes en afirmar que el demandante desempeñaba el cargo de Administrador en el conjunto demandado, lo cierto es que la pasiva logró derruir la presunción que obraba en su contra de existencia de una relación subordinada.

Se afirma lo anterior por cuanto, lo que emana del análisis de la prueba recaudada, -ello bajo el principio de la libre formación del consentimiento, la sana crítica y las reglas de la experiencia-, es que entre las partes en la realidad se ejecutó un contrato de naturaleza civil-comercial ausente de los visos del contrato de trabajo, al evidenciar que el demandante prestaba sus servicios a la propiedad horizontal bajo condiciones de evidente auto control o autonomía.

Ello se deriva concretamente del análisis de la testimonial, de la que se logra extraer la ausencia de la subordinación típica

de los contratos de trabajo, si se tiene en cuenta la declaración de los señores Gloria Milena Granados Rodríguez, Alexander Rivera Ramírez, y Sandra Milena Colorado Cubillos, quienes fueron contestes en manifestar que el actor no tenía un horario para ejecutar su labor, dado que arribaba a la hora que consideraba, y los únicos días que debía presentarse eran aquellos en que se programaban reuniones con el Consejo de Administración de la propiedad horizontal; que era él quien señalaba el horario y los días de atención; que se reunían en un principio dos veces al mes, pero con el tiempo hubo más reuniones por la situación económica y de proveedores del conjunto que se hizo necesario revisar siendo el demandante quien de hecho citaba a dichas reuniones; que si bien la administración tenía un horario de 8:00 A.M. a 5:00 P.M., quien atendía era la secretaria Mireya Hernández, quien sí era trabajadora de la propiedad horizontal y quien agendaba las citas cuando alguien requería contactarse con el administrador; que al demandante no se le daban órdenes, sino que le solicitaba información del manejo de proveedores, el estado de los procesos legales, estado de pólizas que se estaban venciendo, y contratos por obras; que el actor sólo necesitaba autorización del consejo para compras grandes, máxime que el conjunto estaba endeudado, y no había plata; que alguna vez le pidieron al actor un cuadro en Excel, para determinar contratos y proveedores, pero nunca los hizo llegar; que el actor no debía rendir informes al Consejo, en las reuniones, se le preguntaba qué había pasado con algún tema; que las actas que se realizaban de las reuniones nunca quedaron bien hechas, estaban a cargo de la actor, algunas se borraron o tenía información que no compartía el Consejo; y que a finales de julio de 2019 se empezaron a reunir más frecuentemente porque se estaban venciendo unas pólizas de unas obras que se hicieron, y era necesario consolidar información.

De esta manera, la Sala denota autonomía e independencia en el desempeño de las funciones del actor, característica propia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00669 -01
Demandante: JAIRO ENRIQUE SILVA RIVEROS.
Demandado: CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINOS DE IBIZA P.H.

del contrato de prestación de servicios, a través del que fue contratado, siendo insuficiente para derruir tal apreciación, el testimonio de Naisle Porras Gualdron, así como la prueba documental visible a folios 22, y 24 a 60.

En efecto, si bien la testigo mencionada señaló en su condición de residente del conjunto residencial de 2005 a 2021 que el demandante tenía un horario entre semana de 8:00 A.M. a 12:00 M. y de 2:00 P.M. a 6:00 P.M., también lo es que ofreció elementos para determinar que el actor era autónomo y libre en el desarrollo de su labor, pues mencionó que el horario de atención lo fijó el mismo actor, que éste dejaba la razón en portería de que si lo necesitaban estaba en un horario determinado, y que el administrador contaba con una secretaria permanente - Mireya Hernández-.

En suma, dicha testigo no resulta lo suficientemente certera para que se pueda determinar que el accionante cumplía órdenes, pues si bien señaló que el actor seguía lo mandatos del Consejo de Administración, lo cierto es que resulta ser una testigo indirecta de los hechos, porque según su mismo relato, era el propio demandante quien le comentaba que debía someter sus decisiones a lo que señalara tal órgano de la copropiedad, luego no ofreció circunstancias de tiempo modo y lugar que permitan darle mayor peso a su declaración; aunado a lo anterior afirmó no tener conocimiento de lo que se decía en las reuniones del actor con el Consejo, y que frente a su caso particular -mora en cánones de administración-, la decisión se supeditó a lo que señalara el Consejo de Administración.

Ahora bien, y en cuanto a la documental obrante a folio 22 que hace a alusión al horario de administración, y las actas de reunión extraordinaria del Consejo de Administración visible a folios 24 de 60, observa la Sala que el primero, tan solo hace mención del horario de administración, más no del Administrador, resaltándose que, de conformidad con los testigos

Gloria Milena Granados Rodríguez, Alexander Rivera Ramírez, y Sandra Milena Colorado Cubillos, quien permanecía permanentemente atendiendo al público, era la secretaria, Mireya Hernández.

En cuanto al segundo punto, aunado a que no están suscritas las actas de reunión extraordinaria del Consejo de Administración por éste, a juicio de la Sala dicho documento no contiene órdenes, por el contrario, lo que, se verifica son requerimientos al Administrador para que informe sobre una determinada situación, especialmente financiera o de proveedores, y los compromisos que este asumía como consecuencia de cada reunión, que por demás eran inherentes a su cargo de administrador de conformidad con el artículo 51 de la Ley 675 de 2001, que establece entre otras funciones, las siguientes: preparar y someter a consideración del Consejo de Administración las cuentas anuales; llevar bajo su dependencia y responsabilidad, la contabilidad del edificio o conjunto; y cobrar y recaudar, directamente o a través de apoderados cuotas ordinarias y extraordinarias, multas, y en general cualquier obligación de carácter pecuniario a cargo de los propietarios u ocupantes de bienes de dominio particular del edificio o conjunto.

Asimismo, no se observa que se desborde la función que ejercía el Consejo de Administración, pues de conformidad con el artículo 55 *ejusdem*, es el ente encargado de tomar las determinaciones necesarias en orden a que la persona jurídica cumpla sus fines, por lo que, resulta consecuente que se solicitara por parte del Consejo de Administración, estados de cuentas, informes de gestión, e iniciar planes de trabajo. Lo anterior ha sido llamado por la jurisprudencia como una subordinación técnica, y no ordenes en estricto sentido, donde el contratista puede recibir del contratante algún tipo de instrucciones fundamentales para el desarrollo de su actividad, a fin de cumplir estándares obligatorios.

Por ejemplo, en la sentencia SL663 -2018, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia precisó:

“(…)

Lo dicho, tiene relevancia si se tiene en cuenta que **aunque el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no significa que en este tipo de contratación esté vedada la generación de instrucciones**, pues es viable que en función de una adecuada coordinación enmarcada en políticas de salud obligatorias y en el manejo de equipos de alta tecnología -y no en la imposición de los estándares de la empresa accionada-, **se puedan solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo**”. (Negrillas por la Sala).

Con base en lo brevemente expuesto, y como ya se anunció la Sala acompaña la decisión del A Quo en cuanto a que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios, razones por las que se CONFIRMARÁ en el punto la sentencia y en consecuencia se procederá a verificar si hay lugar al **pago de los honorarios del mes de agosto de 2019**.

Al respecto, basta con recordar que la onerosidad es un elemento del contrato de prestación de servicios, por lo que es dable suponer que el ejercicio de cualquier actividad contratada a través de contrato de prestación de servicios debe ser remunerado. En efecto, en sentencias SL11265-2017, se dijo:

“[...] es de suponer que el ejercicio de la abogacía como el de cualquier profesión liberal genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, pero no uno esencial en cuanto, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, es legalmente permitido que quien presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o de manera que su retribución sea aleatoria, como cuando se condiciona a la obtención de un resultado (subrayado fuera de texto).”

Siendo ello así, quien ejerce la profesión de abogado, como el que ejecuta cualquier otra profesión liberal que genere

honorarios, salvo que decida hacerlo de manera gratuita, tiene derecho a reclamarlos cuando esté demostrada la actividad profesional para la cual fue contratado, ello en razón a que el contrato de mandato es por naturaleza oneroso; por tanto, es de suponer que, por lo general, tales profesionales obtienen el sustento para sí y para sus familias de los servicios que prestan a sus clientes”.

Por tanto, resulta claro que el contrato de mandato genera una contraprestación por la actividad profesional cumplida. En el *sub lite*, se declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios hasta el 15 de agosto de 2019, sin que tal declaración hubiere sido objeto de impugnación, por lo que, resulta apenas consecuente que se ordene el pago de los honorarios causados hasta tal fecha, tal y como lo dispuso el A Quo, en tanto la pasiva-teniendo la carga de probarlo- no logró acreditar el pago efectivo de la obligación.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

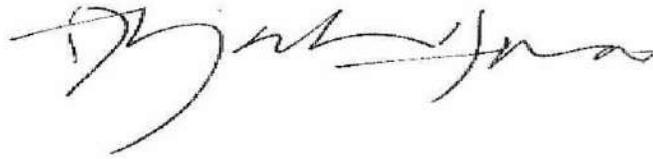
PRIMERO. - CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00669 -01
Demandante: JAIRO ENRIQUE SILVA RIVEROS.
Demandado: CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINOS DE IBIZA P.H.

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

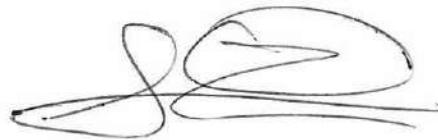
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora y de GENTE OPORTUNA S.A.S. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA** promovió contra **INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A., GENTE OPORTUNA S.A.S., y SEGTO.**

AUTO

Previamente, a dictar la correspondiente sentencia, encuentra la Sala que el 26 de enero de 2022, el apoderado de la parte actora allegó memorial señalando que sustentaba su recurso de apelación con fundamento en lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020; sustentación que no se tendrá en cuenta en esta instancia.

Lo dicho, por cuanto el artículo 66 del C.P.T. y de la S.S. establece que *“serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente”*.; por tanto, la oportunidad procesal correspondiente para sustentar el recurso de apelación no era otra que en el acto de notificación de la sentencia, y no posteriormente, como se pretende en esta instancia.

En consonancia con lo anterior, el numeral 1° de artículo 322 del C.G.P. señala que *“El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos”*.

Aunado a lo anterior, el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en ningún momento establece que en esta instancia se pueda sustentar el recurso de apelación, pues dicha norma lo que establece es la posibilidad de correr traslado para que las partes presenten sus alegatos de conclusión.

En consecuencia, la Sala se limitará al estudio de la apelación de la parte actora, única y exclusivamente en las materias que fueron señaladas al momento de ser notificada la sentencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, solicita se declare la existencia de un único contrato de trabajo con INDUSTRIAS

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01

Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.

Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

BÚFALO S.A.S. del 06 de febrero de 2007 al 05 de julio de 2019; que el contrato terminó sin justa causa; y que el contrato de transacción celebrado es ineficaz. Como consecuencia de lo anterior, solicita que solidariamente los demandados reconozcan y paguen salarios dejados de pagar, reliquidación conforme al salario realmente devengado, indemnización por despido injusto, prima de servicios, cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, sanción moratoria, aportes a seguridad social, reajuste y pago de la base de liquidación para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Celebró diversos contratos con INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S. a través de diferentes intermediarios, de la siguiente manera: del 06 de febrero de 2007 al 09 de enero de 2008 con SEGTO; del 15 de enero al 20 de octubre de 2008 con ESTRATÉGICOS C.T.A.; del 12 de noviembre de 2008 al 01 de julio de 2010 con C.T.A. SEGURIDAD SOCIAL; del 01 de agosto de 2010 al 15 de febrero de 2011 con GENTE OPORTUNA S.A.S. del 24 de febrero de 2011 al 19 de febrero de 2012 con GENTE OPORTUNA S.A.S.; del 01 de febrero al 26 de diciembre de 2012 con GENTE OPORTUNA S.A.S.; del 08 de enero de 2013 al 06 de enero de 2014 con GENTE OPORTUNA S.A.S.; del 14 de enero de 2014 al 02 de marzo de 2015 con GENTE OPORTUNA S.A.S.; del 06 de marzo de 2015 al 14 de marzo de 2016 con GENTE OPORTUNA S.A.S.; del 11 de abril de 2016 al 31 de marzo de 2017 con GENTE OPORTUNA S.A.S.; del 26 de abril de 2017 al 24 de marzo de 2019 con GENTE OPORTUNA S.A.S.; y del 23 de abril de 2019 al 31 de mayo de 2019 directamente con INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; **2)** El último cargo que desempeñó fue el de Asistente de Gerencia y Presidencia; cargo en el que siempre cumplió las mismas funciones pese a los cambios de contratos de trabajo, laboró en el mismo puesto de trabajo, usó el mismo correo electrónico, cumplió sus funciones en la misma sede de trabajo, fue sujeta de subordinación por parte de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., cumplía el reglamento de trabajo de INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; **3)** Devengaba un salario variable compuesto por comisiones, las que se generaban por la venta de productos de INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; **4)** Cumplía un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:30 A.M. a 5:30 P.M.; **5)** Siempre tuvo los mismos jefes, Giuseppe Pallini Sachi, Jorge Daniel Pallini Fernández, entre otros; e iguales o similares compañeros de trabajo en los diversos contratos que celebró con los diversos intermediarios; **6)** Las interrupciones de los contratos de trabajo coincidían con sus vacaciones; **7)** No se cotizó sobre el salario realmente devengado los aportes a seguridad social integral; **8)** Las funciones que desarrolló no eran temporales y eran del objeto social de INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; y **9)** El 22 de marzo de 2019, suscribió un acuerdo de transacción con GENTE OPORTUNA S.A.S. e INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., con el fin de que fuera contratada directamente por la empresa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

GENTE OPORTUNA S.A.S. (medio óptico de folio 572), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominaron transacción; pago; inexistencia de los contratos entre la demandante e INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., entre los periodos del año 2010 a marzo de 2019; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido; las indemnizaciones en materia laboral no son de aplicación inmediata; inexistencia de la mala fe; prescripción de las acciones; compensación; falta de legitimación en la causa por pasiva; y la genérica surgida del análisis probatorio.

Aceptó que los contratos de trabajo celebrados entre agosto de 2010 y marzo de 2019 fueron con GENTE OPORTUNA S.A.S.; que el sistema de comisiones se generaba por cada producto

vendido; que la demandante prestaba sus servicios en las instalaciones INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; y que celebró un contrato de transacción el 22 de marzo de 2019. No aceptó los demás hechos.

Expuso que la demandante mantuvo diversas relaciones laborales con diferentes empleadores, por lo que, no es dable declarar una única relación laboral; que desde el 01 de agosto de 2010 hasta el 22 de marzo de 2019 fue el único empleador de la actora; que los contratos celebrados fueron de obra o labor, por lo que las relaciones laborales finiquitaron como consecuencia de la extinción de la obra o labor; que las pretensiones fueron objeto de transacción, encontrándose a paz y salvo por todo concepto; que la relación laboral finiquitó por renuncia expresa de la accionante; y que pagó aportes a seguridad social sobre el I.B.C. que realmente devengaba la demandante.

INDUSTRIA BÚFALO S.A.S (medio óptico de folio 572), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominaron cosa juzgada, transacción, inexistencia de los derechos que se pretenden, prescripción, error al pretender estructurar un contrato laboral, innominada o genérica.

Aceptó que la demandante cumplió un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:30 A.M. a 5:30 P.M.; que la actora suscribió diversos contratos de trabajo con INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A., GENTE OPORTUNA S.A.S., y SEGTO; que el salario que devengaba el demandante consistía en un salario fijo y variable, basado en un sistema de comisiones que se generaba por cada producto vendido de INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; que la demandante prestaba sus servicios al interior de las instalaciones de INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; que las obras que se desarrollaban hacían parte del objeto social de INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; y que el 22 de marzo de 2019, celebraron acuerdo transaccional con la actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

Expuso que existió un contrato de trabajo entre las partes del 23 de abril al 31 de mayo de 2019, reconociéndose la correspondiente indemnización por despido sin justa causa; que la demandante el 19 de marzo de 2019 presentó carta de renuncia ante GENTE OPORTUNA S.A.S., no obstante, se celebró acuerdo de transacción con ella el 22 de marzo de 2019; y que por lo anterior la situación de la accionante ya hizo tránsito a cosa juzgada.

Finalmente, a través de la providencia del 26 de marzo de 2021, se aceptó el desistimiento de la demanda presentada contra **SEGTO** (fl.564); y mediante auto del 28 de mayo de 2021 se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **ESTRATÉGICOS C.T.A.** (fl.568).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de junio de 2021, dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante e **INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.** existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 06 de febrero de 2007 hasta el 31 de mayo de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada y solidariamente **GENTE OPORTUNA S.A.S., y ESTRATÉGICOS C.T.A.**, a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos:

a) \$25'890.901 por reliquidación de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá cancelarse debidamente indexada al momento de su pago.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas por la demandante.

CUARTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción respecto de los salarios y prestaciones sociales causadas con anterioridad al 17 de febrero de 2017.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por **INDUSTRIAS BÚFALO S.A.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada INDUSTRIA BÚFALO S.A.S., y en favor de la demandante.

En síntesis, refirió el A Quo, que está demostrado que la actora desarrolló actividades secretariales del 06 de febrero de 2007 al 31 de mayo de 2019 con los diversos empleadores que tuvo; que de conformidad con lo señalado por el representante legal de INDUSTRIAS BÚFALOS S.A.S., la actora no fue contratada de forma temporal, pues no tenía como fin cubrir vacaciones, licencias o aumentos de producción; que entre los diversos contratos de trabajo existieron interregnos cortos; y que la actora siempre desarrolló el objeto social de INDUSTRIA BÚFALOS S.A.S., en las mismas condiciones de modo, tiempo y lugar, por lo que, se está frente a una única relación laboral, pues hubo un notorio desbordamiento del año máximo en que se pueden prestar servicios transitorios o temporales.

Señaló que el contrato de transacción resulta eficaz, pues la demandante al rendir interrogatorio aceptó el pago de sus salarios y prestaciones sociales por parte de GENTE OPORTUNA S.A.S., lo que también quedó plasmado en el contrato aludido y se acreditó mediante liquidaciones de contratos de trabajo, y comprobantes de nómina; que operó parcialmente la excepción de prescripción frente a las acreencias laborales anteriores al 17 de febrero de 2017, pues se demandó el mismo día y mes de 2020; y que si bien no se acreditó el pago de acreencias laborales anteriores a agosto de 2010, operó sobre estas el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, manifestó que debió cancelarse la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta todo lo laborado por parte de la accionante; que al estar acreditado el pago de un valor por concepto de indemnización por despido sin justa causa, este se descuenta del valor total; que no hay lugar a sanciones moratorias, dado que no se adeuda suma por concepto de salarios y prestaciones sociales; que en el contrato de transacción no fungen las partes de este proceso, en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01

Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.

Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

los mismos roles que allí se consignaron, pues INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S. resultó el verdadero empleador, por lo que, no es dable establecer que hay identidad de partes, objeto y causa; que hay lugar a pagar la indemnización por despido sin justa causa indexada, en razón a que esta se ve sometida a la pérdida del poder adquisitivo del dinero; y que al resultar las empresas temporales, intermediarios, deben responder en solidaridad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Señaló que el empleador obró de mala fe al disfrazar la relación laboral de la demandante, por lo que, de conformidad al precedente de la Corte Suprema de Justicia, hay lugar a sanción moratoria y a la sanción por no consignación de las cesantías; y que el contrato realidad es constitutivo, por lo que sólo con su declaración es dable considerar que todas las obligaciones laborales nacieron a la vida jurídica, de manera que, al momento de efectuarse el contrato de transacción, la demandante no podía transar sus derechos, pues aún no estaban en cabeza de ésta, misma razón por la que, también procede el pago de los salarios y prestaciones sociales.

GENTE OPORTUNA S.A.S.

Manifestó que en la providencia se estableció que cumplieron con todas sus obligaciones, terminado la relación laboral como consecuencia de la carta que libremente presentó la demandante; que por lo anterior, la indemnización por despido sin justa causa sólo es dable reconocerla por el tiempo que la actora prestó sus servicios a INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.; y que dentro del contrato de transacción se zanjó también cualquier tipo de indemnizaciones que pudiera solicitar la parte actora, con lo que la demandante estuvo de acuerdo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de GENTE OPORTUNA S.A.S., para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver** se circunscriben a determinar si el contrato de transacción celebrado entre las partes es eficaz; si hay lugar a reconocer la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta únicamente la relación laboral que celebró la actora directamente con INDUSTRIA BÚFALO S.A.S., esto es, únicamente por el periodo del 23 de abril al 31 de mayo de 2019; y si la sentencia tiene efectos constitutivos, y en consecuencia si es dable efectuar el pago de salarios, prestaciones sociales, y sanciones moratorias.

NULIDAD ACTA DE TRANSACCIÓN, Y EFECTOS DE LA SENTENCIA- EFECTOS CONSTITUTIVOS VS EFECTOS DECLARATIVOS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

Con respecto a la definición legal de la **transacción** en materia laboral lo cierto es que no existe en el Código Sustantivo del Trabajo, pues la normativa sustantiva laboral se limita a decir en el artículo 15 que: *“Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”*, pero en ningún momento conceptualiza dicha institución, y aunque es cierto que el contrato de transacción en materia del derecho de trabajo no ha tenido reglamentación, ello no quiere decir que no pueda ser aplicable en materia laboral, conforme lo dispuesto en ese artículo 15 del C.S.T., ya mencionado.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que cuando un trabajador se obliga a través de un contrato de transacción es necesario que su consentimiento **no adolezca de vicios**, esto es, de error, fuerza o dolo; en todo caso, cuando se alega alguno de estos, deben estar suficientemente acreditados en el juicio. (SL787-2021 dijo; (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015)

Por otra parte, y en cuanto a los **efectos de una sentencia que declara un contrato realidad**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido de manera reiterada y pacífica (sentencias de 14 de agosto de 2012, Rad. 41.522, 12 de marzo de 2014, Rad. 44069, SL3441-2018, SL4260-2020, por mencionar algunas) **que las sentencias tienen carácter declarativo, y no constitutivo**, esto es, sus efectos son *ex tunc*, pues no surge fácilmente explicable cómo es que respecto de los derechos laborales de quien teniendo una relación subordinada de trabajo, pero simulada o desdibujada por la apariencia de otra clase de relación jurídica, los términos de prescripción empiezan a correr cuando queda en firme la sentencia que constituye el estatus de verdadero trabajador subordinado; en tanto que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado que inicia y desarrolla su relación sin discusión alguna sobre la naturaleza jurídica de su vínculo, corren a partir de la exigibilidad de cada

uno de ellos. Asimismo, ha determinado que el pronunciamiento judicial simplemente ratifica una realidad existente anterior a la data de la providencia que así lo manifiesta, y que en consecuencia no es dable tener que la sentencia tiene efectos constitutivos.

En sentencia con Rad. 44069, se señaló expresamente:

“A ello cabría agregar que por muy sugestiva que parezca la tesis que pregona un carácter ‘constitutivo’ a las sentencias que dirimen los conflictos del trabajo cuando quiera que, entre otros aspectos, resuelven sobre la naturaleza jurídico laboral del vínculo que ata a las partes, no explican a satisfacción, pues ni siquiera lo hacen con el aludido concepto de ‘sentencia constitutiva’, el por qué se generan derechos y obligaciones hacia el pasado de un status laboral que apenas vendría a ser ‘constituido’ mediante esa clase de sentencia, por ser sabido que esta tipología de providencias crea, extingue o modifica una determinada situación jurídica, esto es, genera una ‘innovación’ jurídica, es decir, una situación jurídica que antes no existía, produciendo así sus efectos ‘ex nunc’, o sea, hacia el futuro, pues es allí donde nacen, se extinguen o se modifican las obligaciones y derechos derivados de esa ‘nueva’ situación jurídica; en tanto, que las sentencias ‘declarativas’, como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, eliminando así cualquier incertidumbre acerca de su existencia, eficacia, forma, modo, etc., frente a quien debe soportar o cargo de quien se pueden exigir determinadas obligaciones o derechos derivados de la dicha situación o estado jurídico, por manera que, sus efectos devienen ‘ex tunc’, esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención colectiva de trabajo, si a ello hay lugar, los derechos y obligaciones que le son propios.

Ahora bien, tampoco surge fácilmente explicable ante tan sugestiva tesis, cómo es que respecto de los derechos laborales de quien teniendo una relación subordinada de trabajo, pero simulada o desdibujada por la apariencia de otra clase de relación jurídica, los términos de prescripción empiezan a correr cuando queda en firme la sentencia que ‘constituye’ el estatus de verdadero trabajador subordinado; en tanto que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado que inicia y desarrolla su relación sin discusión alguna sobre la naturaleza jurídica de su vínculo, corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos. En otros términos, cómo es que mientras el punto de partida del término prescriptivo de

los derechos del trabajador regular se cuenta desde cuando se debe o se tiene que cumplir la respectiva obligación patronal, el del trabajador que labora bajo la apariencia de otra relación queda sujeto a la presentación de la demanda por parte de éste y al reconocimiento de su verdadero estatus de trabajador por sentencia judicial en firme. Lo deleznable del razonamiento que pretendiera dar respuesta a los anteriores interrogantes releva de comentario mayor a la debilidad del argumento de que las sentencias que ‘reconocen’ el contrato de trabajo como el que ‘en realidad’ se desarrolló y ejecutó entre las partes en litigio es de naturaleza ‘constitutiva’ y no meramente ‘declarativa’, como hasta ahora se ha asentado por la Corte.

Cosa distinta ocurre, debe aclararlo la Corte, cuando quiera que el mismo legislador del trabajo dispone que los términos prescriptivos de las acciones o los derechos se agotan en determinado tiempo contado, por ejemplo, a partir de la terminación del vínculo contractual, o partir del día en que la acción pudo ejercitarse (es el caso de salarios y prestaciones sociales), o a partir del día en que la prestación se hace imposible (vacaciones en caso de terminación del vínculo), o de que se tuvo conocimiento de un determinado hecho o comportamiento (sanciones disciplinarias al trabajador), casos todos ellos previstos en la legislación extranjera como en alguna ocasión lo ha referido en sentencia de tutela la Corte Constitucional, pero que, frente a las mencionadas disposiciones del ordenamiento jurídico interno no pueden tener la misma aplicación, dado que, sin equivocó alguno, en éste el ejercicio de la acción está atado, por regla general, a la exigibilidad del respectivo derecho”.

Igualmente, en sentencia SL4260-2020 se adujo:

“Al respecto, la Corte ha sentado una posición que a esta fecha resulta pacífica, en cuanto a que sentencias como la aquí enjuiciada tienen carácter declarativo y no constitutivo, de donde el conteo para el término de prescripción no corre, como lo sostiene la censura, a partir del momento en que la providencia cobra ejecutoria, porque dicho pronunciamiento judicial simplemente ratifica una realidad existente anterior a la data de la providencia que así lo manifiesta”.

DEL CASO EN CONCRETO.

En esta instancia no se encuentra en controversia que: **i)** Glenda Idamis Barrios Villa celebró diversos contratos de trabajo de la siguiente manera: con **SEGTO** del 06 de febrero de 2007 al 09 de enero de 2008; con **ESTRÁTÉGICOS C.T.A.** del 15 de enero al 20 de octubre de 2008; con **C.T.A. SEGURIDAD SOCIAL** del 12 de noviembre de 2008 al 01 de julio de 2010; con **GENTE**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

OPORTUNA del 01 de agosto de 2010 al 15 de febrero de 2011, del 24 de febrero de 2011 al 19 de febrero de 2012, del 27 de febrero al 26 de diciembre de 2012, del 08 de enero de 2013 al 06 de enero de 2014, del 14 de enero de 2014 al 02 de marzo de 2015, del 06 de marzo de 2015 al 14 de marzo de 2016, y del 26 de abril de 2017 al 24 de marzo de 2019 (fl.105, 107 a 118); y con **INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.**, del 23 de abril de 2019 al 31 de mayo de 2019 (fls. 75 a 79); **ii)** El 22 de marzo de 2019 la actora celebró contrato de transacción con **GENTE OPORTUNA S.A.S. e INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.** (fls. 63 a 65); y **iii)** El 31 de mayo de 2019, **INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.** terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo de la accionante (fl.86).

Así las cosas, en primer lugar, se procede a verificar si el **contrato de transacción** celebrado entre las partes es eficaz, frente a lo que debe advertirse que en el proceso no aparece acreditado de forma contundente que al momento de la celebración de dicho acuerdo el consentimiento de la accionante, se encontraba viciado.

En efecto, del escaso material probatorio recolectado no se concluye que se hubiere demostrado que la actora tenía una idea inexacta sobre uno de los elementos del contrato, ya sea, de la naturaleza del acto, la identidad del objeto, su calidad o en la persona con la que se contrata, tal como lo prevén los artículos 1510 a 1512 del C.C. Tampoco se observa que exista un fuerza de tal entidad que hubiera viciado el consentimiento de la accionante, así como tampoco se encuentra acreditado que el empleador incurrió en dolo, pues no se verifica que la accionante fuere engañada para que celebrara el contrato o el acto.

Adicional a lo anterior, del **interrogatorio de parte de la demandante**, se logra extraer claramente que lo que la motivó a celebrar tal contrato de transacción fue la lealtad que tenía hacia **INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S.** por cuanto se encontraba en una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01

Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.

Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

difícil situación financiera; que le ofrecieron un contrato a término indefinido directamente con INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., así como un dinero, \$4'000.000 o \$5'000.000, a lo que manifestó estar de acuerdo; y que suscribió el contrato de transacción de manera libre y voluntaria.

Pese a lo anterior, considera la Sala que el contrato de transacción presenta serias falencias que no permiten tenerlo como eficaz. Ciertamente, el mismo, si bien tuvo por objeto zanjar cualquier diferencia pasada y presente, incluyó diferencias *futuras*, lo que por definición está en contravía de lo que es un contrato de transacción, recuérdese que *“no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”*, tal y como lo establece el inciso 2° del artículo 2469 del C.C., por lo que, no era posible que se zanjaran derechos que aún no habían nacido a la vida jurídica, y que en consecuencia no podían ser objeto de exigibilidad ni de acuerdo.

En efecto, de la lectura del contrato de transacción, se observa que el contrato de transacción tuvo como fines: i) *“transigir de manera total y definitiva todas las eventuales **diferencias pasadas, presentes o futuras**, relacionadas con la prestación de servicios por parte de El Trabajador en misión en favor de la empresa usuaria en cumplimiento de las obligaciones comerciales adquiridas por La Temporal con la empresa en misión y La temporal (...) así como **cualquier diferencia que pudiera surgir contra La Empresa Usuaria**, quien se benefició de los servicios de El Trabajador En Misión, en relación de las relaciones comerciales que existieron entre La Temporal y La Empresa Usuaria”*; y ii) La trabajadora se comprometió a renunciar o desistir de cualquier reclamación *“derivado de la naturaleza, negociación, celebración, ejecución y/o terminación de los acuerdos de servicios y **cualquier eventual diferencia que pudiera surgir en contra de la Empresa Usuaria**, quien se beneficia de los servicios de El Trabajador en Misión, en razón a*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

las relaciones comerciales que existieron entre La Temporal y La Empresa Usuaría”.

Por tanto, para la Sala **el acuerdo de transacción es ineficaz en cuanto a los derechos que no se encontraban aún en disputa, como lo sería, en este caso, la indemnización por despido sin justa causa**, pues el acta de transacción fue celebrada el 22 de marzo de 2019, y la terminación del vínculo contractual por parte de INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S, acaeció el 31 de mayo de 2019.

Aunado a lo anterior, nótese cómo el pacto que se celebró entre las partes fue única y exclusivamente frente a la posibilidad de zanjar cualquier acreencia laboral que pudiere surgir como consecuencia del trabajo en misión que desplegó la accionante; no obstante, y como quedó visto, INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., luego de arribar a tal acuerdo con la demandante, celebró un contrato de trabajo directamente con ésta, y asumió su rol de empleador, por lo que, en tal entender, los derechos que se causaron con posterioridad no podían entenderse incluidos en dicho contrato de transacción.

Lo expuesto, no puede ser de forma diferente pues no puede la Sala darle otro entendimiento al contrato de transacción, dado que con este de ninguna manera se podían zanjar derechos que aún no estaban en disputa cuando se celebró, pues ello, sería tanto como aceptar que el empleador puede burlar la legislación laboral, pues el empleador en virtud de su poder subordinante, podría ordenar a su trabajador en desarrollo del contrato de trabajo, renunciar a los eventuales derechos laborales que podría surgir de la relación laboral, tales sanciones y/o indemnizaciones; apreciación efectuada por el A Quo, y que esta Sala comparte.

Igualmente, a juicio de la Sala no tiene cabida lo señalado por la apoderada de GENTE OPORTUNA S.A.S. en cuanto que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01

Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.

Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

debió liquidar la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta únicamente la última relación laboral celebrada con INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., pues el contrato de transacción únicamente hace alusión a que terminaron por decisión libre y voluntaria las relaciones de servicio del trabajador en misión y que, en consecuencia, cesaron todas las obligaciones a cargo del trabajador en misión y la temporal; situación de la que no se puede desprender que la relación laboral entre el actor e INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S. se extinguió, pues lo único que se advierte es que cesó la vinculación de la actora como trabajadora en misión, tan es así que la contrató directamente el 23 de abril de 2019, esto es, al mes de la terminación del anterior vínculo contractual, lo que ocurrió el 24 de marzo de 2019, dándole continuidad al servicio que desde el 06 de febrero de 2007 la actora había ejecutado a su favor.

Por tanto, se considera que el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa se encuentra ajustado a derecho, por lo que tal condena se **CONFIRMARÁ**; y se procederá a estudiar si hay lugar al reconocimiento de salarios, prestaciones sociales y sanciones moratorias.

Esclarecido lo anterior, la Sala se adentra a determinar si es dable reconocer **el pago de salarios, prestaciones sociales y sanciones moratorias**, para lo que se tendrá en cuenta lo expuesto en el recurso de apelación, esto es, que a juicio del impugnante la sentencia tiene efectos constitutivos y no declarativos.

Al respecto, se rememora lo explicado en líneas anteriores de esta decisión, esto es, que de conformidad con el precedente marcado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (sentencias de 14 de agosto de 2012, Rad. 41.522, 12 de marzo de 2014, Rad. 44069, SL3441-2018, SL4260-2020), las sentencias que declaran un contrato realidad **tienen carácter declarativo, y no constitutivo**, pues como quedó visto, sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

efectos son ex tunc, ello, como quiera que no surge fácilmente explicable cómo es que respecto de los derechos laborales de quien teniendo una relación subordinada de trabajo, pero simulada o desdibujada por la apariencia de otra clase de relación jurídica, los términos de prescripción empiezan a correr cuando queda en firme la sentencia que constituye el estatus de verdadero trabajador subordinado; en tanto que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado que inicia y desarrolla su relación sin discusión alguna sobre la naturaleza jurídica de su vínculo, corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos.

Así mismo, ha determinado la aludida corporación que el pronunciamiento judicial simplemente ratifica una realidad existente anterior a la data de la providencia que así lo manifiesta, y que en consecuencia no es dable tener que la sentencia tiene efectos constitutivos.

Por tanto, y acogiéndose al criterio explicado en precedencia considera la Sala que por muy sugestiva que resulte la tesis de la parte actora, no es dable adentrarse a reconocer las acreencias laborales que pretende, pues la sentencia tiene efectos declarativos, y en consecuencia, la razón que tuvo el juez de primera instancia, para negar dichos rubros, se considera acertada, pues ciertamente, al no tener la sentencia efectos constitutivos, el fenómeno de la prescripción operó sobre las acreencias laborales que no fueron solicitadas en término, y sobre las que no se demostró su reconocimiento en juicio; recuérdese que como bien lo expuesto el A Quo, la demandante en interrogatorio de parte aceptó que GENTE OPORTUNA S.A.S. - con quien tuvo diversas relaciones entre el 01 de agosto de 2010 y el 24 de marzo de 2019-, le pagó la totalidad de salarios y prestaciones sociales, por lo que, sólo es dable el pago de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2010, no obstante, salta a la vista que sobre estas operó el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01

Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.

Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

fenómeno de la prescripción, pues se demandó hasta el 17 de febrero de 2020 (fl.514).

Así las cosas, no es dable acceder al reconocimiento de salarios y prestaciones sociales y, en consecuencia, tampoco sería dable el reconocimiento de la indemnización del artículo 65 del C.S.T. ni de la sanción por no consignación de las cesantías; pues la primera, únicamente es procedente cuando se adeudan salarios y prestaciones sociales; y la segunda, cuando no se encuentra acreditado el pago de cesantías, empero, como se dijo en interrogatorio de parte se aceptó el pago de las correspondientes a la relación que inició el 01 de agosto de 2010, no siendo dable imponer la aludida sanción por los periodos de 2007, 2008, y 2009, como quiera que estas también se encontrarían prescritas.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2020-00079 -01
Demandante: GLENDA IDAMIS BARRIOS VILLA.
Demandado: INDUSTRIAS BÚFALO S.A.S., ESTRATÉGICOS C.T.A.,
GENTE OPORTUNA S.A.S., Y SEGTO.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE