

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA LUCIA SÁENZ GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir, Skandia SA y el demandante contra la sentencia proferida el 17 de abril de 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Olga Lucia Sáenz Gómez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a las AFP Porvenir SA y Skandia S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, así como los traslados horizontales. De igual forma, se declare que, para todos los efectos legales, siempre ha permanecido en el RPMPD, sin solución de continuidad en la afiliación. Se ordene a los fondos privados a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, y rendimientos; debiendo Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los aportes y rendimientos, y actualizar y corregir la historia laboral. Asimismo, se condene al pago de los perjuicios morales, y al pago de las costas del proceso.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 23 de diciembre de 1964; estuvo vinculada al ISS desde 1989; el 22 de mayo de 1995 se trasladó a Skandia S.A., sin recibir información completa, veraz y transparente; el 25 de julio de 2013 suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A.; los asesores no brindaron información, con respecto a las características, comparaciones, ni advertencias sobre los riesgos de su traslado, así como tampoco le informaron sobre los requisitos para acceder a la prestación de vejez; presentó solicitud ante los fondos privados, solicitando la nulidad de la afiliación, en similares términos presentó solicitud ante Colpensiones; obteniendo respuesta negativa por parte de todas las entidades.*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 05 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su traslado al RAIS, las reclamaciones presentadas a las accionadas, y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.*

*Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 04 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.*

*Skandia S.A. contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la solicitud presentada, y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, pago, y la genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 21 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, a partir de mayo de 1995. Condenó a Porvenir SA a transferir a Colpensiones la totalidad de los saldos y aportes, junto con los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Skandia SA a transferir a Colpensiones los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual, correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a aceptar dicha transferencia y a contabilizar, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la actora. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Absolvió a las demandadas de las pretensiones referidas a los perjuicios morales, y condenó en costas a Porvenir SA y Skandia SA.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión del a quo, Porvenir y Skandia S.A. y la parte actora interpusieron recursos de apelación, así: Porvenir S.A. adujo que no es procedente devolver los gastos de administración, dado que no forman parte integral de la pensión de vejez, aunado a que se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción. Añadió, que no es procedente la indexación, por cuanto con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Finalmente, manifestó que debe suplirse cualquier déficit fiscal que se pueda llegar a ocasionar, si se declara la ineficacia de traslado.*

*Por su parte, Skandia S.A. manifestó que no es posible devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales, dado que su reintegro constituiría una violación a los principios constitucionales de buena fe, confianza legítima y al debido proceso, aunado a que la demandante siempre gozó de la cobertura durante el tiempo que estuvo afiliada, y estos emolumentos fueron pagados a la compañía aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Finalmente, agregó, que no es procedente la indexación, puesto que los recursos de la cuenta de ahorro individual no se vieron afectados en su momento por la inflación, y por el contrario generaron rendimientos.*

*La parte actora manifestó que se debe condenar en costas a Colpensiones, conforme al artículo 365 del CGP.*

#### **ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes se pronunció.*

#### **C O N S I D E R A C I O N E S**

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las recurrentes al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos que afectan a Colpensiones.*

## DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

*Porvenir S.A. y Skandia S.A. interponen recursos de apelación encaminados a que no se declare la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, así como sus inconformidades con respecto a la indexación. Por lo que la alzada se restringe a revisar estos puntos, así como la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; imponiéndose confirmar*

*la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir S.A. y Skandia S.A. frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

*Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente, lo mismo que sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, lo que impone modificar la decisión de primera instancia en este punto, puesto que la forma en que se impuso la condena, conduce a entender que todo lo que comprende la devolución de dineros es objeto de actualización, que como se explicó, no es así, porque los aportes que se restituyen vienen cargados con los rendimientos.*

*Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar*

*las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada en los términos previamente indicados.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

#### **PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS**

*Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP*

*accionadas, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

#### **CONDENA EN COSTAS**

*En este punto, es criterio de la mayoría de la Sala la improcedencia de la condena en costas contra Colpensiones, debiendo imponerse únicamente a cargo de los fondos privados, en la medida que la administradora del RPMPD no tuvo injerencia en el acto jurídico del traslado de régimen pensional, ni es éste consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de Colpensiones; criterio del cual se aparta el Magistrado sustanciador, toda vez que la condena en costas debe imponerse a cargo de todas las demandadas, esto es, Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., tal como lo petitiona el extremo demandante en su apelación, puesto que a lo largo del proceso estas administradoras han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

*Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:*

*“(…)*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.*

*Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Así, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que Colpensiones, Porvenir S.A., y Skandia S.A. asuman el pago de las costas procesales. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación*

*Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.*

*Empero, de conformidad con el criterio asumido por la mayoría de la Sala, se confirmará el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, condenando únicamente a Porvenir S.A. y Skandia S.A. al pago de las costas procesales tanto en primera como en esta instancia, dado el resultado desfavorable de la actuación desplegada por éstas.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

**Primero.-** *Modificar los ordinales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.*

**Segundo.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a las AFP accionadas el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

**Tercero.-** *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

**Cuarto.-** *Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes Porvenir S.A. y Skandia S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de ellas.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
MILLER ESQUIVEL GATTAN  
*Salvo voto parcial*

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado

  
*Aclaro voto*  
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE  
Magistrada

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE JEIMMY ALEXANDRA AFANADOR FERNÁNDEZ CONTRA  
AEROREPÚBLICA S.A COMPAÑÍA DE AVIACIÓN COPIA COLOMBIA SA

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de mayo de dos mil veintitrés (2023),  
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para  
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la  
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,*

*Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante,  
respecto de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022, por el Juzgado  
Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Jeimmy Alexandra Afanador, por medio de apoderada judicial, demandó a  
Aerorepública S.A., con el fin que se declare la existencia de un contrato a término  
indefinido en el cargo de “tripulante jefe de cabina”, y es afiliada a la Asociación  
Colombiana de Auxiliares de Vuelo ACAV, por tanto, es beneficiaria de la  
convención Colectiva de trabajo suscrita entre la Asociación Colombiana de  
Auxiliares de Vuelo y Aerorepública S.A., existiendo una desigualdad salarial*

*injustificada entre lo devengado por la actora y los demás trabajadores que desempeñan su mismo cargo; declarándose como salario devengado las sumas reconocidas como auxilio de jefe de cabina de pasajeros, auxilio extralegal por excelencia operacional y de alimentación; se condene al pago de las diferencias entre salario devengado y el que devengan por quienes ejercen su mismo cargo en igualdad de condiciones; se indexen los valores reconocidos; el pago de las costas y derechos que se encuentren acreditados en el trámite del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados de folio 7 a 14 del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis expresa que, el 28 de diciembre de 2001 suscribió contrato de trabajo a término fijo con Aerorepública S.A., en el cargo de “auxiliar de vuelo 2”; el 3 de enero de 2013 fue ascendida al cargo de “jefe de cabina de pasajeros”, reconociéndole un auxilio de \$340.270 y un salario mensual de \$758.724; su salario es inferior al de los compañeros que ocupan este cargo; se presenta desigualdad salarial ya que los tripulantes jefe de cabina devengan un salario mayor que el de ella; finalizando el año 2016, el jefe de cabina devengó \$807.200, en el año 2017, \$578.736, para 2018 \$914.676; el factor denominado “alzada auxiliares”, en el año 2017 fue de \$1.372.418, en 2018, era de \$1.378.418; que ella entre enero y mayo de 2019 devengó entre sueldo y alza la suma de \$7.293.500; la diferencia salarial con los demás trabajadores de la empresa en el cargo de jefe de cabina y el de la demandante corresponde a \$34.430.924; en el manual de tripulación de cabina se establece la cadena de mando.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada se pronunció respecto a la demanda incoada, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y argumentando para tal efecto que, nunca ha negado el vínculo laboral que ata a las partes desde el 28 de diciembre de 2001, sin embargo, el cargo desempeñado por la actora es el de tripulante de cabina de pasajeros desde el 28 de septiembre de 2020. Aceptó como ciertos los hechos atinentes a la existencia del contrato de trabajo a término fijo, en el cargo de auxiliar de vuelo 2, indicando que no eran ciertos los restantes. Propuso como medios exceptivos los que denominó, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción; buena fe y compensación (Archivo 3 del expediente digital).*

*La parte actora, dentro de la oportunidad procesal, reformó la demanda, en el sentido de indicar que, solicitaba se declarara como salario las sumas devengadas por concepto de auxilio jefe de cabina de pasajeros, auxilio extralegal por excelencia operacional, alimentación y extralegal de transporte. Respecto a los hechos, indicó que para el 6 de enero de 2013 fue ascendida al cargo de jefe de cabina de pasajeros, reconociéndosele el auxilio de jefe de cabina, alzada y salario mensual básico; informando que las funciones y responsabilidades a los tripulantes de cabina TCP 1 y 2 son las mismas; los factores son recibidos como contraprestación directa del servicio realizado por la demandante y que actualmente los auxilios de alimentación y de transporte tienen incidencia salarial para efectos prestacionales (archivo 5).*

*Frente a dicho escrito, la convocada a juicio se opuso a su prosperidad, arguyendo que el auxilio de jefe de cabina es de origen convencional y no es constitutiva de salario, además, a la actora no se le ha reconocido auxilio por excelencia operacional y el auxilio de alimentación y de transporte, quedó excluido del contenido salarial tanto en el contrato de trabajo como en la convención colectiva de trabajo (archivo 8).*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 24 del expediente digital), en la que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, consecuencialmente absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas y condenó en costas a la demandante, ordenando la consulta de la providencia, en caso de que esta no fuera apelada.*

*Fundó su decisión el juez de conocimiento en que, se estaba en presencia de una causal objetiva, para la diferencia salarial, teniendo en cuenta para ello, que los trabajadores que devengaban un salario superior a la demandante, habían sido vinculados con anterioridad al año 2001; por otro lado, señaló que no era viable el reconocimiento de los factores prestacionales reclamados en el libelo genitor, al haberse pactado tanto en el contrato de trabajo, como en la convención colectiva y en laudo arbitral que estos no serían parte integral del salario.*

## RECURSO DE APELACIÓN

*En el sentir de la promotora litigiosa, la contratación de PCP con posterioridad al año 2001, no resulta ser una causal objetiva y razonable para realizar tal distinción, pues la medida adoptada por la empresa por razones económicas y el mantener estos montos, por más de 20 años, es discriminatoria y por ello, se debe reconocer un salario digno a la trabajadora, además, que de acuerdo a la certificación emitida por la empresa, se demuestra que la desigualdad de salarios en los tripulantes de cabina, no está dada solo por la fecha de ingreso, ya que, Claudia Lombana y Sandra tienen ingresos superior a las 12 personas que aparecen en la documental y que ingresaron desde marzo de 1994 hasta el 28 de julio de 1998; respecto al auxilio de alimentación, transporte y el destinado para los jefes de tripulante de cabina, estima que estos retribuyen al trabajador, tal y como lo señaló la testigo de la empresa y por tanto, debe ser tenidos como factores salariales.*

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia.*

## CONSIDERACIONES

*Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por la parte demandante al momento de sustentar el recurso de apelación.*

## NEXO LABORAL

*No es objeto de discusión que la demandante fue vinculada a Aerorepública el 28 de diciembre de 2001, mediante contrato a término fijo, relación que se mantiene vigente.*

## NIVELACIÓN SALARIAL - VALORACIÓN PROBATORIA

*El punto controvertido es el referente a la discriminación salarial por parte de la demandada respecto a la actora, por lo que estima que al ocupar el cargo de “tripulante jefe de cabina”, debe percibir igual salario que los demás trabajadores, que desempeñan el mismo cargo, quienes devengan sumas superiores, debiendo su remuneración ser semejante de éstos. Planteada así la litis es a la demandante a quien incumbe la carga de la prueba, esto es probar que se le dio un tratamiento diferencial con respecto a otro trabajador de la empresa (arts. 167 del CGP y 1757 del CC).*

*Establecido lo anterior, y en aras de dilucidar el punto de debate, la discriminación en materia laboral es el tratamiento diferenciado y arbitrario que da el empleador a uno o más trabajadores, con base en motivos amañados y sin una justificación objetiva.*

*El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra el principio de igualdad salarial entre los trabajadores que desempeñan una misma labor, en las mismas condiciones de tiempo y eficiencia. Si el trabajador al desempeñar su labor lo hace en las mismas condiciones y su rendimiento es igual al de otro trabajador que desempeña la misma actividad, debe tener el mismo salario, pues de otra manera se estaría violando un principio no sólo de rango legal sino constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Siendo éste un derecho fundamental que tienen las personas para gozar del mismo trato y protección, de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin que pueda existir discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. La eficiencia viene hacer un factor importante para la igualdad pregonada por la norma citada.*

*Para la aplicación de este principio es necesario tener en cuenta que para los casos iguales hay que aplicarse un tratamiento igual, y un tratamiento diferente respecto a aquellos que presentan características desiguales, pues hay que considerar las circunstancias diversas o las condiciones en las que se desenvuelven los sujetos, o por las situaciones de orden particular que puedan afectarlos.*

*La Corte Constitucional ha expresado que el principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de*

*solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igual de supuestos diferentes (sentencia T 526 de 1992). En otro pronunciamiento señaló:*

*“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal: el se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática” (sentencia C -221 de 1992).*

*La Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que “El texto legal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, es aplicable también a casos individuales, pero a este nivel ha sido estricta la exigencia de que se demuestre plenamente la igualdad en las condiciones de eficiencia entre dos trabajadores que reciben remuneración distinta, en el mismo oficio y en igual puesto y jornada. Ahora bien: es de sentido común que la antigüedad en el trabajo y la experiencia consiguiente puede estar en un momento dado en relación directa e inequívoca, con la eficiencia del trabajador...” (sentencia 14 de noviembre de 1957).*

*Así las cosas, no toda desigualdad genera necesariamente una discriminación, ya que la igualdad sólo se vulnera en la medida en que la diferenciación no encuentra respaldo en una justificación objetiva y razonable, siendo ésta el resultado de un análisis previo entre los medios empleados y el fin de la medida considerada (relación de proporcionalidad).*

*De manera que al examinar las pruebas allegadas a plenario bajo los lineamientos del artículo 61 del CPT y SS, lo siguiente;*

**Margarita Palma Paredes**, en calidad de representante legal de la empresa, informó que, para el año 2019 la empresa contaba con el cargo de jefe de cabina de pasajeros, sin embargo, a partir del 9 de enero de 2013, la demandante se desempeñó como jefe de cabina de pasajeros, y en razón a su cargo, le era reconocido y pagado un auxilio de jefe de cabina de pasajeros, así como el auxilio de alimentación, los cuales fueron definidos convencionalmente como no salarial hasta el año 2020, cuando desapareció dicho cargo; por otro lado, señaló que, los trabajadores que estaban vinculados antes del año 2001, tienen un régimen salarial a la demandante, pero en este momento, tan solo tienen 10 personas en este esquema, el cual consistía en pactar en su contrato, el reconocimiento salarial

en salarios mínimos, pero después de la crisis de 1998, 1999, 2000, la empresa entró en una situación financiera complicada y tuvo que reestructurarse, cambiando la forma en cómo se reconocía la remuneración a sus trabajadores, pasando de salarios mínimos a una suma fija determinada, la cual no desmejoró lo que venían percibiendo, hasta dicha data; sin embargo, dichas personas ejercen las mismas funciones de la actora, pero tienen itinerarios y programaciones distintas. A su turno, **Marisol Quiroga Zambrano**, ejerce el cargo de tripulante de cabina en Aerorepública, desde 1994 y es compañera de trabajo de la actora, informando, que antes de pandemia ejercían el cargo de jefe de cabina de pasajeros y después de pandemia, son tripulantes de cabina de pasajeros, pero mantienen las mismas funciones; que los salarios de las dos, son diferentes; que cualquiera de las tripulantes de cabina puede liderar; por otro lado, informó que en la empresa existe un escalafón para este cargo, pero este se aplica para para la solicitud de días libres, asignación de vacaciones, ascensos o promociones, licencias o traslados, pero no para la base salarial; y, que, cuando ella ingresó a trabajar a la compañía, el salario equivalía a 3,25 salarios mínimos, pero a partir del año 2001, se empezó a contratar personal, pero con un salario inferior, al parecer por dificultades económicas, por ello, la organización sindical, buscó zanjar la brecha entre el Tripulante de cabina 1 y el 2 y finalmente, indicó que a partir de 2019 se modificó el salario, pero a la actora, no se le modificó ni el salario base ni la alzada. **Martha Aguilar González**, laboró en Aerorepública hasta el 5 de enero de 2016, como supervisora de cabina; cuando se materializó su retiro, era la persona más antigua de la empresa y fue compañera de trabajo de Jeimmy, quien se desempeñó primero como auxiliar de vuelo y luego como supervisora de cabina; que algunas supervisoras de cabina tenían contratos de trabajo diferentes a las que entraron cuando se inició la empresa, pues, la empresa enfrentó un problema económico y solicitaron a los trabajadores que firmaran un otrosí, para el año 2000, 2001, con el fin de reducir sus salarios, estableciéndose una remuneración a partir de allí, no en salarios mínimos, sino en un básico y una alzada, pero, en concreto tenían las mismas responsabilidades; agregando a su dicho que Marisol Quiroga tenía el mismo contrato que ella, es decir, en salarios mínimos y ellas dos, específicamente, no suscribieron el otrosí y por ello, les mantuvieron la remuneración establecida en el contrato de trabajo inicialmente suscrito; la aerolínea les programaba un itinerario, con días de descanso y vuelos. Posteriormente, **Luz Stella Hoyos Jurado**, trabajó en la empresa desde el año 1994 hasta febrero de 2019 y fue compañera de trabajo

de la demandante, quien ostentaba el cargo de jefe de cabina, con la diferencia, que ella era chequeadora y la actora no, por eso recibía un reconocimiento económico diferente por parte de la empresa y a pesar de tenerse un escalafón en la compañía, este era utilizado, pero para conceder días libres, vacaciones, promociones, licencias, es decir, unos beneficios. **Héctor Ríos Ospina**, trabaja con la demandada desde enero de 2003, primero, como vicepresidente de operaciones y después en la vicepresidencia de relaciones con el gobierno o asuntos aeronáuticos y desde el 2013, en el área de finanzas y gobiernos, indicó que para el año 1999, estaba vinculado a la aeronáutica civil y desde su cargo, supo del período de crisis para el país por el aumento del precio del petróleo, que hizo, que se incrementara el precio de los combustibles de los aviones y se devaluó la moneda, haciendo que los costos de la compañía aumentaran y disminuyendo la demanda de pasajes aéreos, situación que llevó a Aerorepública a hacer acuerdos con sus colaboradores, para que la remuneración fuera distinta, además, con la llegada del Covid 19, la sociedad, también se vio afectada, al cerrarse el espacio aéreo para vuelos de pasajeros, poniéndola en una situación financiera difícil, al tener que parar su operación, generando pérdidas económicas considerables, y para septiembre de 2020, cuando ya se autorizó la prestación del servicio, se encuentran, con el hecho que algunos aeropuertos de otros países, mantienen cerradas sus fronteras, llevando a la empresa a que, hiciera una reestructuración y recorte de la planta de personal, en otros casos, los trabajadores autorizaron el pago del 50% de sus salarios en forma temporal y se concedieron licencias. **Vivianne Parra Noreña**, vicepresidenta de recursos humanos de Aerorepública, desde el año 2014, conoce a la demandante como auxiliar de vuelo y negociadora de la Convención Colectiva de trabajo, por ello, sabe que ingresó a la empresa en el año 2001 y que se le hizo un cambio de cargo a tripulante de cabina, pero dicho cambio, no impactó, ni legal, ni económica, ni jurídica, ni administrativamente nada, simplemente se unificaron los roles de trabajo; Jeimmy gana un salario igual a 153 personas que ostentan su cargo, pero 12 personas reciben un salario diferente, porque cuando se les contrató, la compañía podía pagar el salario allí estipulado, pero esto se presentó antes de 1998; informando que el cargo de jefe de tripulación fue eliminado porque se decidió cambiar el modelo de negocio y en este ya no les exigían dicho cargo, pero los salarios básicos de auxiliares, tripulantes de cabina, jefes de tripulación, eran iguales, marcándose la diferencia, únicamente en los beneficios convencionales; frente a las 10 tripulantes que reciben un salario superior al devengado por la actora, informó que esto se hizo,

porque tenían una condición contractual diferente y la variación de los salarios ha acaecido por una crisis económica en el año 1999 y otra por la pandemia del Covid. Finalmente, **Camilo Arias Arévalo** es gerente de tripulantes de la empresa, desde diciembre de 2019, pero entrenó a la demandante y actualmente, es su jefe, que unas pocas auxiliares de vuelo, tienen un salario diferente, pero a partir de 1999, las tripulantes, devengan el mismo salario; además, que la programación de las auxiliares se realiza por un sistema y distribuye los tripulantes, en términos de horas de vuelo, teniendo en cuenta días libres y asignaciones, para que antes de que salga la nueva programación, haya un balance en los servicios; que cuando la empresa pasa de Copa a Wingo, en 2015 - 2016, se cambió el modelo de negocio y ya no se requerían jefes de cabina, sino tripulantes de cabina.

De otra parte, el despacho no puede desconocer que los testigos que concurrieron al proceso; Marisol Quiroga Zambrano, Martha Aguilar González, Luz Stella Hoyos Jurado, Héctor Ríos, Vivianne Parra Noreña y Camilo Arias Arévalo, son contestes en indicar que la actora, cumplía las funciones de un tripulante de cabina de pasajeros, encontrándose para el despacho, demostrada identidad de funciones, y de esta forma cumplida la carga probatoria correspondiente, así entonces, procedemos a determinar si la diferenciación de salarios con otros trabajadores en el mismo cargo, está justificada por factores objetivos de diferenciación.

Dando aplicación a la actual jurisprudencia al respecto y teniendo en cuenta la reforma prevista en el artículo 7 de la ley 1696 de 2011 se presume que el trato diferenciado en materia salarial de remuneración es discriminado y corresponde al empleador acreditar que tal diferenciación se funda en factores objetivos, en el presente caso como se indicó el cargo desempeñado por Jeimmy Alexandra Afanador Fernández, inicialmente fue el de “auxiliar de vuelo 2”, presentándose un ascenso en el año 2013, como “jefe de cabina de pasajeros” y finalmente, en septiembre de 2020, se modifica su cargo, al de, “tripulante de cabina de pasajeros” (folio 52, archivo 1, archivo denominado “nombramiento jefe de cabina de pasajeros” y “notificación eliminación del cargo de jefe de cabina de pasajeros”, acopiados en la carpeta 4).

Adicionalmente, del caudal probatorio recaudado, también se colige, que Marisol Quiroga Zambrano, se vinculó con Aerorepública el 15 de diciembre de 1994,

*mediante contrato de trabajo a término indefinido y pactándose en la cláusula 5 del contrato, una remuneración equivalente a 3,25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para dicha data, pactándose, una cláusula adicional al contrato, respecto a la remuneración por los servicios prestados, y señalándose como un salario básico, la suma de \$330.000 y \$515.345 de alzada, a partir del 21 de enero de 2000 (Archivo Contrato y cláusula adicional MARISOL QUIROGA).*

*Por otro lado, de la certificación allegada por la demanda, en el archivo 21, se puede constatar que, los primeros, 12 trabajadores enlistados, en efecto, se vincularon a la empresa con anterioridad al año 2000, es decir, entre 1994 y 1998, y la aquí demandante, fue vinculada, en diciembre de 2001, y otros 155 trabajadores que ostentan el cargo de tripulantes de cabina, también fueron vinculados en forma coetánea o posterior a dicha calenda; adicionalmente, los testigos de las partes, son contestes en afirmar que la empresa enfrentó una crisis económica en el año 1999, y esto trajo como consecuencia, que la empresa, efectuara unos cambios en su planta de personal, dándose más fuerza a esta hipótesis, con la documental acopiada en el archivo 4, denominada, soportes importantes situación financiera de la empresa, en los que obran informes noticiosos, sobre la crisis aeronáutica que se presentó en el año 2000 y 2001. Tampoco se pasa inadvertido que Sandra Patricia González Piza y Claudia Santamaría Quiroga, de los cuales se alega en la alzada, devengaban un salario superior a la demandante, se constata con los desprendibles de pago aportados con la reforma a la demanda (archivo 6), que dichas trabajadoras, para enero y febrero del año 2020, ostentaban el cargo de “tripulante de cabina” y la actora era “jefe de cabina de pasajeros”, es decir, dos cargos disímiles para la época, en tal sentido, inviable, el reclamo de nivelación salarial, por otro lado, pero no menos importante, recuérdese que, a partir de octubre de 2020, se eliminó el cargo de jefe de cabina de pasajeros, que ostentaba Jeimmy Afanador, pasando a ser tripulante de cabina de pasajeros, pero con el mismo salario, que venía devengando, y de acuerdo a la certificación enunciada en precedencia, se tiene que, en el año 2021 y 2022, tanto la demandante como las señoras, González y Santamaría han devengado el mismo salario y alzada.*

*De lo anterior, para la Sala no existe evidencia que la designación de Jeimmy Afanador en el cargo de tripulante de cabina de pasajeros, haya generado comportamientos discriminatorios en relación con las condiciones salariales de*

*sus compañeros de manera caprichosa y arbitraria, que es el objeto del artículo 143 del código sustantivo del trabajo, lo que pretende esta disposición es evitar discriminaciones laborales en razón a consideraciones sociológicas, culturales, raciales o de género, por ejemplo que no tengan ningún sustento objetivo, pero en el presente caso la diferenciación salarial obedeció exclusivamente a la antigüedad en la fecha en que se dio la vinculación de la empresa y en los que se dio una contratación de personal con unos salarios, los cuales, en efecto, no podían ser desconocidos por la convocada, bajo ningún apremio legal y que debido a la situación financiera acaecida en el año 1999, 2000, la empresa, tuvo que modificar la escala salarial de las personas que se contratarían a partir de dicha data. Finalmente, debe precisarse que no hay discriminación salarial de la accionante, pues, 155 trabajadoras, se reitera, devengan el mismo salario que aquella, y que 12 de sus compañeras, devengan un salario superior a ella, pues, recuérdese que, fueron vinculadas con un salario superior antes del año 2000 y que, al poner en consideración de este grupo de servidoras, la modificación de su remuneración, tal proposición no fue aceptada, haciéndose inviable que el empleador, procediera a modificar las condiciones salariales unilateralmente, siendo irrazonable que se predique la nivelación respecto de éstas; lo que se aviene es que hay una causa objetiva en lo que tiene que ver con la remuneración asignada a la demandante. Luego entonces, se impone confirmar la decisión de primera instancia, en este aspecto.*

#### DE LOS AUXILIOS EXTRALEGALES

*Reprocha la demandante, que no se tengan como factores salariales el auxilio de alimentación, de transporte y el destinado para los jefes de tripulante, en tal sentido, cumple recordar que, con arreglo al artículo 127 del CST, constituye salario no sólo la remuneración fija ordinaria o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. A su vez, en los términos del artículo 128 ibídem, no constituyen salario: (i) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, (ii) lo que perciba en dinero o en especie, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de*

trabajo y otros semejantes, (iii) las prestaciones contenidas en los Títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo y los auxilios o beneficios habituales u ocasionales que se acuerden contractual o convencionalmente, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie.

En este orden, no admite mayor discusión que los pactos de exclusión salarial previstos por el último de los preceptos reseñados, facultan a las partes para restar tal carácter a algunas sumas, beneficios, o auxilios, habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, siempre y cuando hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie, sin que pueda admitirse tal estipulación frente a aquellos conceptos que en forma categórica el artículo 127 ejusdem califica como remunerativos. Así, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de enero de 2011 con radicación 37037, en la que reiteró pronunciamientos anteriores, concluyó “Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, [...]. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz”. (Subrayas en la sentencia)

En punto al tema de la carga de la prueba, también ha sido enfática esa Máxima Corporación al indicar que, por regla general, los ingresos que reciben los trabajadores constituyen salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Así lo precisó en la sentencia SL1220-2017 reiterada en la SL5159-2018 y SL4539-2020:

“[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.”

Bajo los anteriores derroteros se adentra este Colegio en el análisis de los medios de convicción obrantes en el plenario, en el entendido que esa exclusión de hizo por acuerdo expreso de las partes.

Fue aportado el contrato de trabajo suscrito por las partes, en el que se pactó como retribución el pago de un salario básico y una suma adicional denominada “alzada”, sin embargo, en el inciso tercero de la cláusula 9° se estipuló lo siguiente:

“Las partes expresamente acuerdan que lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como la alimentación y prima de alimentación, habitación o vestuario incluidos los uniformes de trabajo, las indemnizaciones extralegales, las bonificaciones por pérdida de licencia por incapacidad permanente, los costos de entrenamiento, los auxilios por servicio médico en el exterior, los beneficios en especie por transporte aéreo nacional o internacional, los beneficios en especie por pasajes para el trabajador y sus familiares, los auxilios por maternidad, los costos por revalidación de certificados médicos, las bonificaciones extralegales de vacaciones, el transporte o subsidios para el transporte, las primas extralegales de vacaciones, de servicios o Navidad o cualquier otra que reciba, durante la vigencia del contrato, en dinero o en especie, a cualquier título o bajo cualquier otra denominación, **NO CONSTITUYE SALARIO...**”

Adicionalmente, las partes suscribieron una cláusula adicional al contrato de trabajo, el mismo 28 de diciembre de 2001 (documento denominado “cláusula adicional - acuerdo no salarial...”, del archivo 4), en el que, pactaron:

- “1. Que en razón a que el trabajador ocupa el cargo de **AUXILIAR DE VUELO 2**, a partir del día 28 de **DICIEMBRE** del año 2001 la empresa le otorgará un Auxilio Extralegal de Alimentación por la suma de **DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000.00)** mensuales. Igualmente recibirá un Auxilio Extralegal de Transporte de **CIENTO TREINTA MIL PESOS M/CTE (\$130.000.00)** mensuales.
2. Las partes expresamente acuerdan que los Auxilios Extralegales de alimentación y transporte pactados en ésta cláusula no constituyen salario.
3. Así mismo, se aclara entre las partes, que el Auxilio de que trata la presente cláusula, sólo será otorgado al trabajador durante el tiempo en el que ocupe el cargo de **AUXILIAR DE VUELO**”

Igualmente, obran en el plenario acumulados de pagos efectuados a la empleada, en el que se constata el pago de la prima de alimentación desde enero a diciembre de 2013 y posteriormente, entre desde enero de 2016 hasta diciembre de 2019, en forma mensual e ininterrumpida (archivo 4, documentos denominados acumulados).

Así mismo en la Convención Colectiva 2000-2002, en la cláusula 3° se estableció

“Para trabajadores que hayan ingresado a la Empresa antes del 30 de Noviembre de 1.999 la Empresa reconocerá un auxilio extralegal de alimentación no constitutivo de salario de \$401.982.00.

Para trabajadores que hayan ingresado a la Empresa a partir del 1 de Diciembre de 1.999 el valor del auxilio extralegal de alimentación no constitutivo de salario será de \$200.000.00”

*Frente al auxilio de transporte, se estipuló en la cláusula 4° normativa convencional que;*

*“Para trabajadores que hayan ingresado a la Empresa antes del 30 de Noviembre de 1.999 la Empresa reconocerá un auxilio extralegal de transporte no constitutivo de salario de \$189.170.00.*

*Para trabajadores que hayan ingresado a la Empresa a partir del 1 de Diciembre de 1.999 el valor del auxilio de transporte no constitutivo de salario será de \$130.000.00”*

*Para el año 2002-2005, se pactó convencionalmente, respecto a estos dos auxilios, en las cláusulas 6 que; “(...) Para los (as) Auxiliares de Vuelo que han ingresado a la Empresa después del primero de Diciembre de 1999, el valor del auxilio extralegal de alimentación, no constitutivo de salario, ni con incidencia prestacional, y durante el primera año de vigencia de la presente Convención Colectiva de Trabajo, este último será la suma de \$215.300.00 Este auxilio y para este grupo de Auxiliares de Vuelo, se irá nivelando durante la vigencia de la presente Convención Colectiva de Trabajo (a tres (3) años) a razón de un incremento equivalente al 33% de la diferencia existente para cada año de vigencia. En ese orden de ideas este grupo de Auxiliares de Vuelo recibirá durante el primer año de vigencia la suma de \$215.300.00, más \$71.700.00 para un total de \$287.000.00, mensuales”*

*En la cláusula 7°, se indicó que, “...A partir de la presente Convención Colectiva de Trabajo, para los (as) Auxiliares de Vuelo que han ingresado a la Empresa después del primero de Diciembre de 1999, el valor del auxilio extralegal de transporte, no constitutivo de salario, ni con incidencia prestacional, y durante el primer año de vigencia de la presente Convención Colectiva de Trabajo, este auxilio será la suma de \$140.000.00 mensuales. Este auxilio y para este grupo de Auxiliares de Vuelo se irá nivelando durante la vigencia de la presente Convención Colectiva de Trabajo (a tres (3) años) a razón de un incremento equivalente al 33% de la diferencia existente para cada año de vigencia...”*

*En igual sentido, se reconoció el auxilio de alimentación y transporte en la Convención Colectiva vigente entre el año 2005-2008 (archivo 4, documento denominado 2005-2008). Por si fuera poco, en laudo arbitral proferido el 29 de agosto de 2018, el Tribunal de Arbitramento, dispuso, en sus artículos, 29 y 30, en efecto, se estipula, que tales conceptos, no son constitutivos de salario (archivo 4, documento denominado, Laudo vigente 2018)*

*Aunado a lo anterior, la representante legal de la pasiva, al absolver interrogatorio de parte, aseguró que la empresa reconocía el auxilio de alimentación y auxilio de jefes de cabina, conforme a lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo y en el que se pactó, que estos no tendrían*

*connotación salarial y que este último beneficio, desapareció, al modificarse el cargo dentro de la compañía. En igual sentido, se pronunció, Vivianne Parra Noreña, quien informó que el auxilio de alimentación no tenía carácter salarial, de acuerdo a lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo.*

*Así, en consideración a los medios de convicción anteriormente reseñados, concluye la Sala que la sociedad accionada cumplió con la carga de demostrar que el auxilio de alimentación y de transporte, no tenían como fin retribuir directamente la actividad laboral, ya que, estos son entendidos, como una forma de mejorar la calidad de vida de la trabajadora y sobre los cuales medió un acuerdo de exclusión salarial no solo en el contrato de trabajo, sino en las diferentes convenciones colectivas celebradas entre el sindicato de la empresa y la convocada a juicio y el laudo arbitral dispuso la duda que pudiera existir al respecto.*

*En lo tocante al auxilio reconocido a los jefes de cabina de pasajeros, se verifica que en la cláusula 10° de la Convención celebrada entre el año 2005-2008, se regló que, “a partir del día 1° de abril de 2005 y hasta el 31 de marzo de 2006 la empresa reconocerá a las Jefes de Cabina de Pasajeros la suma de \$135.000.00 mensuales”, agregándose en este punto que, a partir del 1 de abril de 2006, este auxilio equivaldría a \$140.000 y de 2007 a 2008, de \$150.000, exponiéndose finalmente, que dicha prima “convienen las partes no es constitutiva de salario ni factor prestacional para ningún efecto laboral”, luego entonces, podría entenderse, tal y como lo señaló el juez de conocimiento, que, tal concepto, fue reconocido como retribución al servicio prestado por la demandante, sin embargo, tal situación, no fue acreditado en el decurso procesal, por lo tanto, no puede dársele tal connotación, además, porque, en el laudo arbitral de 2018, se estipuló que,*

*“El Tribunal lo concede, ratificando la cláusula 11° de la Convención Colectiva de trabajo de (sic) suscrita con ACAV, por lo que el presente artículo quedará así:*

*Prima de JCPS. La empresa reconocerá a los trabajadores beneficiarios del presente Laudo Arbitral, un auxilio de Jefe de Cabina de Pasajeros, que no constituye salario, ni factor prestacional para ningún efecto, equivalente a **TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$329.976,00)** mensuales para el año 2018”*

*Ahora, si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la*

*habitualidad del pago (SL1798-2018) o la proporcionalidad con respecto al total de los ingresos (sentencia del 27 de noviembre 2012, con radicado No. 42277), lo cierto es que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre que define si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido; naturaleza retributiva que no se encuentra acreditada en el sub examine.*

*Corolario de lo anterior, y ante el innegable carácter no salarial del auxilio de alimentación, transporte y de jefe de cabina de pasajeros, concedida a la actora, no es viable restarle efectos al pacto de exclusión salarial contenida en la cláusula del contrato de trabajo, así como en el acuerdo convencional y el laudo arbitral; imponiéndose confirmar la decisión absolutoria del a quo.*

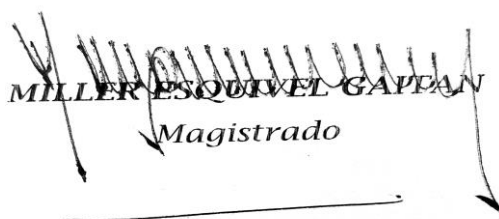
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

#### RESUELVE

*Primero.- Confirmar la sentencia apelada.*

*Segundo.- Costas de la instancia a cargo del demandante. Por Secretaría, inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho*

*Notifíquese en legal forma a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

  
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE LUZ DARY TORRES SALGADO CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y SOCIEDAD  
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de mayo de dos mil veintitrés (2023),  
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para  
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la  
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas  
Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2023,  
por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso  
de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan  
a Colpensiones.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Luz Dary Torres Salgado, actuando por intermedio de apoderado judicial,  
demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y a la*

*AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia y/o nulidad de su afiliación al RAIS, dada la omisión al deber de información. De igual forma, se declare que siempre ha estado válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los aportes en pensión, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses; debiendo Colpensiones aceptar el traslado y validar los aportes, e incorporarlos a la historia laboral. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso, y a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 26 de junio de 1962; se vinculó al ISS desde el 25 de septiembre de 1984 hasta el 1° de junio de 1998; cotizó en el RPMPD un total de 506 semanas; un asesor de la AFP Porvenir SA que promovió su traslado, no le suministro ningún tipo de información veraz, ni oportuna, así como tampoco recibió una proyección de lo que sería la mesada pensional en el RAIS; cotizó un total de 979 semanas en Porvenir SA; presentó petición ante Porvenir SA, solicitando el regreso al RPMPD; en similares términos presento petición ante Colpensiones; obteniendo respuesta por parte de ambas entidades.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación inicial al ISS, las semanas cotizadas en el RPMPD, la petición presentada, y su negativa respuesta; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.*

*A su turno, Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 04 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la petición presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le*

*constan. Propuso las excepciones 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.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 15 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia de la afiliación efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA, efectuada el 13 de agosto de 1998, con efectividad el 1° de octubre del mismo año. Declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al RAIS, y en consecuencias siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, y devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información que los justifiquen. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora, y corregir su historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción; relevándose del estudio de los demás medios exceptivos; condenando en costas a Porvenir SA.*

#### **RECURSOS DE APELACIÓN**

*Inconformes con la decisión de la a quo, Colpensiones y Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación, así: Colpensiones argumentó que no es posible imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstas en la ley al momento del traslado de régimen; aunado a que no se puede entender a la actora como parte débil e indefensa en el proceso, cuando es ésta quien debe acreditar la ocurrencia de los hechos y los debe probar. Finalmente, indicó que al momento de su afiliación no fue presionado ni coaccionado para firmar el formulario de afiliación.*

*Porvenir S.A. adujo que el traslado de régimen pensional de la actora se efectuó de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para el año 1998; además, la accionante pudo verificar la información en cualquier momento acudiendo a la Ley 100 de 1993. Sostuvo, que a la promotora de la litis le asisten unos deberes como consumidora financiera, lo que le imponía actuar con mediana diligencia sobre el acto jurídico del traslado. Afirmó, que no es procedente la devolución de los rendimientos ya que, al declarar la ineficacia de traslado, esto supone que la afiliación nunca se dio y no se generaron rendimientos, además, estos son propios del régimen privado. Añadió, que tampoco es procedente restituir las primas de seguros previsionales y gastos de administración, dado que no se encuentran en su poder, sino que fueron pagados a las compañías aseguradoras para prever los riesgos de muerte e invalidez. Finalmente, manifestó que se debía absolver de la condena en costas.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes se pronunció.*

#### CONSIDERACIONES

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y por Porvenir SA al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.*

#### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia,*

*aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “este fondo privado no le suministro ningún tipo de información veraz, ni oportuna para realizar de manera consciente e ilustrada su traslado (...)” son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*

*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse*

*en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”*

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP a los afiliados, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 13 de agosto de 1998, con efectividad a partir del 1° de octubre del mismo año. Precizando que, unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*La demandante al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, para la época del traslado de régimen, fue visitada en su lugar de trabajo por un asesor de la AFP Porvenir SA, quienes indicaron que era beneficioso cambiarse de régimen, pero no brindaron ningún tipo de información.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones relativas a que “iba a haber una pensión temprana e iban a ser mucho mejores las condiciones”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES” (página 46 del archivo 01 del expediente digital) no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen*

*pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión, se trata de proformas que incuestionable la afiliada debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

*Asociado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:*

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por las recurrentes relativas a que la actora podía verificar la información acudiendo a la Ley 100 de 1993 y*

*que incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.*

*Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio de la afiliada de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al*

*régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados ya que fueron girados a la aseguradora; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:*

*Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros*

*previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.*

*Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, dada las consecuencias de dicha declaratoria, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir SA, incluidos los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos, así como los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

*Bajo este entendimiento, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

#### *PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS*

*Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

#### *CONDENA EN COSTAS*

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Porvenir S.A. ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

*Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:*

*“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.*

*Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. En este orden al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Porvenir SA asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.*

*Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales; argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas en esta instancia a Porvenir S.A., ante la improsperidad de su recurso.*

*Y por mayoría, pese a que la pasiva Colpensiones también cuestionó la decisión de primera instancia, cuyos argumentos fueron igualmente despachados en forma negativa, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que lo favorece, en esta instancia no se le impondrán costas, aspecto que el ponente insiste en su desacuerdo, pues, no puede dejarse sin más esa conducta de oposición a la prosperidad de las pretensiones, por mucho que en la consulta se hayan dictaminado aspectos en su favor. De ahí que, por equilibrio en las cargas procesales, a la parte que sus argumentos resultan en contra, debe asumir las consecuencias de ello, que no es otra que reconocer los gastos que su contendor se adjudicó para respaldar su posición. Tales aspectos se dejan consignados en esta providencia como salvamento parcial de voto.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**R E S U E L V E**

**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

**Segundo.-** *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

**Tercero.-** *Costas en esta instancia a cargo de la recurrente Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Salvo voto parcial

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado

  
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE  
Magistrada

**Aclaro voto**

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO  
LABORAL DE CARMENZA CIELITO BELTRÁN ACOSTA CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD  
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de mayo de dos mil veintitrés (2023),  
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para  
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la  
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda  
de Decisión.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra  
la sentencia proferida el 17 de abril de 2023, por el Juzgado Quince Laboral del  
Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente  
aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Carmenza Cielito Beltrán Acosta, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado de régimen. Se ordene a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, asumiendo estos emolumentos con su propio patrimonio. Se condene a Porvenir S.A. en caso de haber otorgado previamente pensión al momento de dictarse la sentencia, a seguir pagando la misma hasta que sean trasladados los fondos a Colpensiones, y a que está la incluya en la nómina de pensionados. Asimismo, se condene al pago de costas procesales, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el 30 de agosto de 1990; se trasladó a Porvenir S.A. el 24 de mayo de 2014; el asesor del fondo no brindó información completa, suficiente y cierta al momento del traslado, así como tampoco indicó las consecuencias de abandonar el RPMPD, ni los requisitos que debía cumplir para alcanzar una pensión de vejez; presentó reclamación ante Colpensiones, solicitando la anulación de traslado; en similares términos presentó petición ante Porvenir S.A.; obteniendo respuesta negativa por parte de ambas entidades; al haber continuado en el RPMPD, el monto de la mesada pensional sería de \$2.292.730,00, mientras que en el RAIS, recibiría un monto alrededor del salario mínimo;*

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES**

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 16 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son*

*ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.*

*Porvenir SA presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 19 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la petición presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan, Propuso la excepciones 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.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 25 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, el 24 de mayo de 1994, por intermedio de AFP Porvenir SA. Ordenó a dicha AFP trasladar a Colpensiones los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, como rendimientos, gastos de administración, comisiones, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; debiendo Colpensiones recibir dichos recursos, reactivar la afiliación de la demandante, teniendo en cuenta para todos los efectos, que nunca se traslado de régimen. Condenó en costas a Porvenir S.A.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación solicitando que se adicione la condena impartida contra Porvenir SA, en el sentido de ordenar también la devolución los porcentajes correspondientes a los seguros previsionales.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio.*

## C O N S I D E R A C I O N E S

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar la inconformidad propuesta por Colpensiones al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.*

### *DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES*

*Colpensiones interpone recurso de apelación encaminado a que se condene a Porvenir SA a la devolución de todas las sumas, incluidos las primas de seguros previsionales. Por lo que la alzada se restringe a revisar únicamente este punto de inconformidad, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones; ya que ningún reparo se expuso respecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante.*

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).*

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos*

rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradora de fondos pensiones y la demandante; imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en este punto, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones los dineros descontados por concepto de las sumas destinadas al seguro previsional, debidamente indexadas a fin de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

*“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con*

*prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.”*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas la consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta a esta condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

*Bajo las anteriores consideraciones, se adicionará la decisión apelada y consultada en los términos ya indicados.*

### EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.*

### PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

*Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.*

### COSTAS

*Teniendo en cuenta que lo alegado por la recurrente Colpensiones fue acogido, no se impondrán costas en esta instancia.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

### R E S U E L V E

**Primero.-** *Adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones las sumas descontadas por*

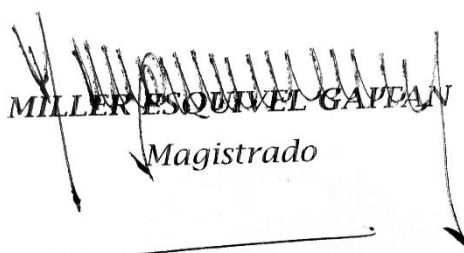
concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**Segundo.-** Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Porvenir S.A. el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

**Tercero.-** Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada

**Cuarto.-** Sin costas en esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado

  
Aclaro voto  
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE  
Magistrada

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PABLO ERNESTO GRANADOS FORERO CONTRA TRANSPORTES Y SERVICIOS TRANSER SA.*

*En Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 29 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral Circuito de esta ciudad, en el asunto de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Pablo Ernesto Granados Forero, por intermedio de apoderado judicial demandó a Transportes y Servicios Transer SA., con el fin que se declare la condición de estabilidad laboral reforzada, con una afectación grave en su salud, la cual dificultaba su desempeño laboral; además, que la terminación del contrato de trabajo no obedeció a una justa causa; se efectúe el reajuste salarial para el*

*año 2020 del sueldo básico de acuerdo al IPC y al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, así como los perjuicios materiales y morales objetivados y subjetivados, intereses de mora más alto sobre las sumas adeudadas; la indexación de los valores reconocidos y se ordene el pago de las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos relacionados del folio 1 a 3 del archivo 8 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: celebró un contrato de trabajo a término indefinido con Transportes y Servicios Transer S.A. el 23 de diciembre de 2010, para desempeñarse como conductor - operador de tracto mula; se estipuló el pago de un salario variable compuesto por un sueldo básico de \$555.000 y una comisión correspondiente a la factura de carga transportada equivalente al 5% del valor total de la factura (sin IVA); el 8 de marzo sufrió un accidente de trabajo, ocasionándole una fractura cerrada de tibia y peroné de la pierna derecha; el 12 de diciembre le fue emitida la última incapacidad y se le autoriza reanudar las actividades laborales a partir del 8 de marzo del 2017; el 20 de febrero de 2020 asistió a control por fractura de platillos y se observan cambios artrosicos y se ordena nuevo control en 4 meses; le fueron ordenadas imágenes diagnósticas el 18 de junio de 2020; el 11 de agosto de 2020 se lleva a cabo diligencia de descargos por los hechos ocurridos el 4 de agosto de 2020; el cliente de la empresa solicitó excluirlo permanentemente de la operación; el 31 de agosto y 8 de septiembre de 2020, el empleador le asigna otro vehículo para desarrollar su actividad, pero el trabajador manifestó no estar de acuerdo con la determinación; el 9 de septiembre en diligencia de descargos alegó la desmejora en su puesto de trabajo, con ocasión al cambio de automóvil; el 11 de septiembre de 2020 le fue terminado el contrato de trabajo, alegándose una justa causa, lo que para el demandante es ilegal, porque, debido a su condición de salud, debió solicitar el permiso administrativo pertinente.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Transportes y Servicios Transer SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, al estimar que el contrato feneció por una justa causa y para dicha data*

*no contaba con ninguna discapacidad o limitación física que lo hiciera beneficiario de la estabilidad laboral reforzada. Respecto a los hechos, aceptó la vinculación laboral del demandante, a partir del 23 de diciembre de 2010, en el cargo de conductor, devengando un sueldo básico y un factor variable, dependiendo de la carga transportada; que el 8 de marzo de 2017 el trabajador sufrió un accidente laboral, el cual fue reportado a la ARL y, por ello, estuvo en controles médicos; que el 11 de agosto de 2020, se realizó diligencia de descargos debido a una infracción de tránsito cometida, por lo que el cliente a quien se prestaba el servicio solicitó el retiro de la operación del trabajador, conforme a ello, se le asignó otro vehículo al demandante, pero éste se negó a recibirlo, por lo que, fue llamado a descargos y el 11 de septiembre de 2020 se decidió dar por terminado el contrato de trabajo. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad transportes y servicios Transer S.A., cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 23 del expediente digital), en la que absolvió a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el actor, declaro probadas la excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretender deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción, compensación y existencia de una justa causa a la terminación del contrato de trabajo y no condenó en costas ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.*

*Cimentó su decisión en que, de acuerdo al material probatorio y el interrogatorio de parte rendido por la parte actora, se podía colegir que el trabajador se negó a cumplir las órdenes o directrices impartidas por el empleador, como fue, no conducir el vehículo asignado para prestar sus servicios y, por tanto, se había acreditado la justa causa argüida por la convocada a juicio; respecto al estado de salud del demandante, precisó que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, no se encontraba*

*incapacitado, además, la desvinculación se presentó mucho tiempo después a presentarse el accidente y este obedeció a una justa causa y no en razón al estado de salud.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para el efecto señaló que su salud desmejoró, a partir de la fecha en que sufrió el accidente de trabajo, al no darse un adecuado manejo a las restricciones médicas; que se debía tener en cuenta el examen médico de egreso, y la recomendación de no terminar el contrato, hasta que la ARL se pronunciara; que con el vehículo asignado se afectaba aún más su salud, haciendo una justa reclamación; que no se negó a cumplir las órdenes impartidas, por lo tanto, se deben conceder las pretensiones incoadas.*

#### **C O N S I D E R A C I O N E S**

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la Sala a realizar el análisis de los reparos efectuados por la parte demandante en la sustentación del recurso impetrado.*

#### **NEXO LABORAL**

*No fue objeto de controversia que entre el demandante y Transportes y Servicios Transer SA., existió un contrato de trabajo de trabajo entre el 23 de diciembre de 2010 y el 11 de septiembre de 2020, desempeñando como último cargo el de conductor de carga, así mismo, que su salario se encontraba constituido por un básico y un variable, hechos que se corroboran con el escrito de contestación de la demanda, y los medios de convicción allegados al plenario, tales como el contrato de trabajo y carta de terminación del mismo (folio 13 y 151 del archivo 8).*

#### **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**

*Aduce la parte recurrente que al momento del despido gozaba de estabilidad laboral reforzada, pues después del accidente sufrido en el año 2017, su merma laboral fue notoria, por cuanto el empleador no dio manejo a las recomendaciones médicas dadas por la ARL.*

*Para resolver la alzada, la Sala se remite a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:*

*“(…) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su 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.”*

*Dicho precepto fue declarado exequible en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.*

*A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360-2018 del 11 de abril de 2018 con radicación 53394, ha puntualizado que la disposición que protege al trabajador con discapacidad para la extinción del vínculo laboral, tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**». Y si bien, allí se indica que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, correspondiéndole al empleador*

*la carga de demostrar que la extinción del vínculo laboral se soportó en una justa causa, caso en el cual resultaría legítimo el despido; siendo cierto que, en el presente caso, se alegó una justa causa para dar por terminado el vínculo, fundada en que el trabajador, se negó a prestar sus servicios el día 7 y 9 de septiembre de 2020, en el automóvil asignado, incumpliendo de esta manera las órdenes impartidas por su empleador, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en la respectiva carta de terminación del contrato de trabajo (folio 151 del archivo 8). La H. Corte Constitucional, en múltiples pronunciamientos, entre otros en sentencias T-344 de 2016 y T-372 de 2017, ha reiterado que la estabilidad laboral reforzada se predica de todo contrato.*

*Bajo los anteriores derroteros, procede la Sala al análisis de los medios de convicción obrantes en el plenario. Pues bien, **Pablo Ernesto Granados**, al rendir interrogatorio de parte informó que, el 8 de marzo de 2017 sufrió un accidente de trabajo y la ARL Liberty, autorizó su reincorporación a sus labores el 24 de octubre de 2017 y el 25 de diciembre de 2019, le fue realizada una nueva intervención médica, con el fin de retirar material quirúrgica dejado en su rodilla y continuó prestando sus servicios, a partir del día siguiente; cuando la empresa se enteró que él había cometido una infracción de tránsito lo citó a rendir descargos, el 11 de agosto de 2020 y en la diligencia, se puso en su conocimiento un video sobre la causa imputada, y que tal infracción trajo como consecuencia que el cliente para el cual conducía el vehículo, haya solicitado su retiro de la operación y, por ello, la empresa le asignó otro vehículo, pero se negó a recibirlo y el 11 de septiembre de 2020 fue desvinculado. A su turno, **Pablo Esteban Cala**, sobrino del demandante, informó que el retiro de la empresa obedeció a un cambio de vehículo que le querían hacer cuando él ingresó de su incapacidad, entregándole un carro que no tenía aire acondicionado, viejo e incómodo, pero él no lo aceptó, además, que una vez se reintegró de su incapacidad lo pusieron a conducir. **María Alejandra Albarello**, en calidad de directora de seguridad y trabajo de la empresa demandada, informó que, el demandante había sufrido un accidente de trabajo el 8 de marzo de 2017 y el mismo fue reportado a la ARL, generando en el trabajador una fractura de “epífisis de la tibia derecha a la altura de la rodilla”, por lo que, se le hizo seguimiento a su estado de salud y por ello, sabe, que este asistió a sus controles con el ortopedista, le hicieron una*

cirugía, fisioterapias y estuvo incapacitado hasta el 4 de noviembre de 2017; posterior a dicha data, la ARL autorizó la reincorporación laboral con unas recomendaciones sencillas, las cuales fueron acatadas por Transer, sin embargo, el 16 de septiembre de 2019, le efectuaron una nueva cirugía, con el fin de retirar un material quirúrgico y esto le generó una incapacidad de tres meses, hasta el 25 o 26 de diciembre de dicha calenda, se hizo nuevamente reincorporación al puesto de trabajo y siguió desarrollando sus funciones hasta el momento del retiro de la compañía, sin que le fuera expedida incapacidad con fecha posterior, además, indicó que al trabajador se le hizo una calificación de pérdida de capacidad laboral, que arrojó un 0% de pérdida de capacidad laboral. **Jorge Armando Salazar** fue compañero de trabajo del demandante y tuvo conocimiento que Pablo bajándose del vehículo se cayó y esto generó que le expidieran incapacidades médicas por más de 6 meses; que le iban a asignar un vehículo viejo, sin aire acondicionado, prácticamente obsoleto y como no lo aceptó le cancelaron el contrato.

Por otro lado, **Carlos Andrés Moncada** en calidad de sub gerente de operación de la empresa, informó que, el demandante era conductor de tracto mula y sufrió una lesión en una pierna, que le generó sendas incapacidades; agregando a su dicho que, el actor, manejando uno de los vehículos de la compañía invadió el otro carril en una zona demarcada con doble línea amarilla, por lo que, la compañía para la cual prestaban sus servicios en dicha época, solicitó el retiro del trabajador de la operación, y por ello, lo citaron a descargos, en donde, este, aceptó haber cometido la infracción de tránsito, generándose únicamente una sanción al trabajador, pero al ver que la compañía con la cual tenían contratados sus servicios, había solicitado su cambio, la empresa se vio en la necesidad de reasignarle un nuevo equipo, en una operación diferente, pero, el trabajador, en dos oportunidades se negó a aceptarlos y por ello, se dio por terminado el contrato, al desobedecer órdenes directas, máxime que la negativa a prestar sus servicios, se fundó en que, el vehículo, era de un modelo anterior y, con ello, se desmejoraba sus condiciones laborales, sin embargo, todos los autos de la compañía cumplen con las condiciones técnico mecánicas, además, que los vehículos nuevos estaban destinados para el cliente, que había solicitado su retiro, haciendo

*inviabile, mantener el vehículo al trabajador; finalmente, indicó que, para la fecha de desvinculación el trabajador no tenía ningún tipo de restricción médica, ni se encontraba incapacitado.*

*Respecto a la prueba documental adosada al expediente, se tiene copia de la atención brindada el 8 de marzo de 2017 en el Hospital San Vicente de Paul de Nemocón a favor del trabajador, luego de haber sufrido el accidente laboral (folio 17 a 21 del archivo 8); controles realizados en la Clínica de la Universidad de la Sabana durante el año 2017 (folio 22 a 28 y 43 a 141, archivo 8); así como el procedimiento efectuado en septiembre de 2019 (folio 35); cita de control realizada el 12 de diciembre de 2019, en el que, se da incapacidad de 10 días y se indica como plan a seguir “INCAPACIDAD MEDICA POR 10 DÍAS DESDE E (sic) EL 16/12/2019 POSTERIOR A ESTO INICIAR ACTIVIDAD LABORAL CITA CON RXS” (folio 39, archivo 8), para abril y junio de 2020, se ordenó un control en 4 meses (folio 40), así como las recomendaciones dadas por la ARL Liberty el 24 de octubre de 2017 (folio 142, archivo 8); informe del accidente de trabajo acaecido el 8 de marzo de 2017 (folio 144, archivo 8); certificado de pago de incapacidades efectuados por la ARL Bolívar, antes Liberty, entre el 10 de junio de 2017 y el 5 de agosto de la misma anualidad (folio 11, archivo 12); certificado médico realizado al trabajador el 27 de octubre de 2017 (folio 21, archivo 12); notificación de pérdida de capacidad laboral elaborado por la ARL Bolívar, en el que se señala que la pérdida de capacidad laboral del demandante corresponde al 0% (folio 24, archivo 12).*

*Ahora, se puede constatar que, al demandante con posterioridad a sufrir el accidente laboral, en marzo de 2017, la ARL le expidió sendas incapacidades hasta agosto de dicha calenda y emitió recomendaciones el 24 de octubre de 2017, consistente en realizar pausas activas cada dos horas, por espacio de 5 minutos, evitar posturas de cuclillas o rodillas, no caminar más de 500 metros, no levantar carga superior a 15Kg, y además, estableciendo el evaluador ergónomo que, “Estas recomendaciones son válidas por un período de 12 semanas y se podrá retornar a sus labores habituales de manera progresiva una vez finalizado el tiempo antes referido” (fl. 19 del archivo 12). Por otro lado, la empresa Soluciones Ocupacionales S.A.S., el 27 de octubre de la calenda en cuestión, también le encarga hacer pausas activas, se alterne su postura y seguir en control con*

*ortopedia, siguiendo las recomendaciones y restricciones dadas por medicina laboral, sin que se avizore, que vencido dicho período se deberían mantener las recomendaciones o se volvería a hacer otro diagnóstico (folio 21 del archivo 12), no pudiendo colegirse que, las mismas se mantuvieron indefinidamente en el tiempo. Si bien, se reprocha, que los viajes asignados al demandante, eran largos y que no podía dar cumplimiento a las sugerencias efectuadas por el médico tratante, también es cierto, que no se acreditó en el proceso que, ello hubiera sido así, máxime que, María Alejandra, en calidad de directora de seguridad y salud en el trabajo, fue enfática en señalar que, se siguieron las instrucciones dadas por la ARL y que se hacía seguimiento al progreso médico del actor. Por otro lado, tampoco se puede pasar por alto que, en diciembre de 2019, cuando se emite incapacidad, se señala en forma expresa que el trabajador puede, vencida la incapacidad retornar a sus labores y continuar con sus controles (folio 39 archivo 8) y para el 20 de febrero de 2020, cuando asiste a control, el galeno se limitó a ordenar un control en cuatro meses, se reitera, sin emitir ninguna recomendación al trabajador o a la empresa.*

*De los medios de convicción reseñados en precedencia, se colige que Pablo Ernesto Granados Forero culminó satisfactoriamente su proceso de rehabilitación, y no se presentó secuela alguna con ocasión del accidente laboral sufrido, por lo tanto, la patología diagnosticada por la cual reclamó su condición de beneficiario de estabilidad laboral reforzada, no constituye complicación considerable en su estado de salud, pues, solamente se le hizo seguimiento a su post operatorio, pero no le fueron generadas con posterioridad a dicha data, sendas incapacidades, ni mucho menos recomendaciones que lo hagan merecedor a la especial protección reclamada.*

*De ahí que, al no estar acreditado que el contrato de trabajo del demandante finalizó por razón de discapacidad alguna, no hay lugar a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE**

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.

**Segundo.-** Sin costas en esta instancia.

*Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.*

  
MILLER ESQUIVEL GAITAN  
Magistrado

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado

  
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE  
Magistrada

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITAN*

*PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINTEGRO - ADOLFO  
ORLANDO OVALLE CONTRA PETROCOMBUSTIÓN SAS EN REORGANIZACIÓN*

*Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023).*

*El tribunal de conformidad con lo acordado en la Sala de Decisión, procede a decidir de plano el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia; expediente que fue remitido para reparto a esta Corporación, mediante correo electrónico del 20 de febrero de 2023.*

*S E N T E N C I A*

*DEMANDA*

*Adolfo Orlando Ovalle Rubio, por medio de apoderado judicial, demandó a Petrocombustión SAS en reorganización, para que, previo el trámite del proceso especial de fuero sindical, se declare que en el momento del retiro se encontraba amparado por el fuero sindical. Como consecuencia se le reintegre al cargo que ejercía al momento del despido o a otro de igual o superior categoría y a título de indemnización, el pago de los salarios, prestaciones causadas, aportes al sistema de seguridad social, con sus respectivos intereses, desde esa fecha hasta*

*cuando sea reintegrado, como si no hubiere existido solución de continuidad y costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, se indicó que con la demandada celebró un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 17 de agosto de 2017, con el propósito de desempeñar las labores de conductor u operador de vehículo articulado en el transporte de hidrocarburos y carga seca; el salario convenido al final fue de \$4.392.000 mensuales; se afilió a la organización sindical Unión Nacional de Trabajadores de Rama y Servicios de Transporte de Colombia -UNTT-; el empleador, el 25 de agosto de 2020, dio por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo; para la fecha de fenecimiento del vínculo, el trabajador se desempeñaba como miembro de la comisión estatutaria de reclamos, cargo sindical para el cual fue elegido el 19 de agosto de 2020; la terminación del contrato de trabajo se realizó sin haberse solicitado el permiso judicial respectivo.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

*Notificado el admisorio de la demanda, corrido el traslado de rigor, la demandada dio contestación en audiencia pública realizada el 10 de junio de 2021, oponiéndose a las pretensiones, aceptando los hechos relacionados con el vínculo laboral y sus extremos y negando los restantes. Propuso como excepciones de mérito las de: cosa juzgada, existencia de comisión estatutaria de reclamos de sindicato SINGROTH, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo no debido, nula o indebida notificación, ineficacia de fuero sindical, inexistencia de discriminación hacia trabajadores sindicalizados y buena fe del empleador.*

*Como eje central de su defensa, adujo que estaba habilitado legalmente para dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa con el pago de la respectiva indemnización tarifada, y como jamás se puso en conocimiento la existencia de la afiliación a la organización sindical, mucho menos, en un cargo directivo, no había lugar a solicitar el permiso judicial alegado en la demanda.*

*Por su parte, la organización sindical coadyuvó las súplicas del demandante, adicionalmente, sostuvo que contrario a lo alegado por la empresa, sí se notificó la designación del trabajador como miembro de la comisión estatutaria de reclamos, a través de correo electrónico y, por ende, el empleador se enteró de la calidad asumida por el servidor y, por tanto, surgió el fuero sindical, que, para la terminación del contrato de trabajo, debía respetarse con la autorización judicial. Agregó, que la comisión estatutaria de reclamos para la cual fue nombrado el trabajador era la única que existía en la empresa, por lo tanto, no se incurrió en ninguna prohibición legal.*

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

*El juez de conocimiento, mediante sentencia referida al inicio de este fallo, puso fin a la primera instancia, mediante la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones invocadas en su contra e impuso costas al actor. Como fundamento de la decisión, señaló que, no se había acreditado la calidad de aforado del demandante, pues, si bien obraba un nombramiento en la comisión estatutaria de reclamos, tal nombramiento no podía ser oponible al empleador, porque no se acreditó que éste hubiera recibido la comunicación respectiva, en cuanto los correos electrónicos aportados no pertenecen al demandado, en cuanto aquél negó su propiedad, ni se acreditó con certeza, que los hubiera recibido. En ese orden, para el trabajador no surgió protección constitucional ni legal, el empleador estaba habilitado para terminar el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa. Añadió, que incluso, en la empresa existía una comisión estatutaria de reclamos de otra organización sindical, por lo que el demandante no podía ser nombrado en otra comisión de esa misma naturaleza.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que, contrario a lo concluido por el juzgador, el empleador se enteró del nombramiento en la comisión estatutaria de reclamos,*

*pues los correos electrónicos a los cuales se remitió la comunicación pertenecen a la empresa, máxime que el servidor “google” da cuenta de que los dominios de dichos correos fueron asignados a la demandada, lo cual permite concluir que ésta los recibió.*

## C O N S I D E R A C I O N E S

### VÍNCULO LABORAL

*No se controvierte en esta instancia la existencia del vínculo legal que ató a las partes, mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 17 de agosto de 2017 y el 25 de agosto de 2020, fecha ésta en la cual, el empleador dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo; tampoco se controvierte que las labores desempeñadas fueron las de conductor u operador de vehículo articulado en el transporte de hidrocarburos y carga seca.*

*Así, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la decisión del empleador de materializar la finalización del contrato de trabajo con el demandante, el 25 de agosto de 2020, fue ilegal, al no solicitar el permiso al juez del trabajo, por haber sido designado el demandante como miembro de la comisión estatutaria de reclamos, por lo que, la Sala debe determinar si en efecto surgió la garantía foral alegada por aquel.*

### FUERO SINDICAL

*Con arreglo al artículo 405 del CST, modificado por el artículo 1º del Decreto 204 de 1957, se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores o servidores públicos a no ser despedidos o desvinculados, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. Esta garantía foral permite que los trabajadores o servidores el Estado amparados por ella, puedan ejercer su función sindical frente al empleador, al Estado y los mismos trabajadores, en forma independiente, permanente, sin que se vean*

*truncadas o impedidas esas aspiraciones por el actuar del empleador, ya sea con el cambio de sitio de trabajo o el despido, derecho que en 1991 se constitucionalizó (art. 39 CP). Todo ello busca, en última instancia, hacer efectivo y desarrollar el derecho de asociación sindical, en cuanto la permanencia y estabilidad de la organización sindical. De ahí, que todo trabajador o servidor que esté protegido por esa garantía, solamente puede ser despedido, declarado insubsistente, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo siempre y cuando haya incurrido en una de las justas causas señaladas en la ley o un modo de desvinculación, la cual debe ser calificada previamente por el juez del trabajo.*

*Así las cosas, para proteger el derecho de asociación sindical existe tanto el proceso de levantamiento del fuero, que tiene como propósito verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y el análisis de su legalidad o ilegalidad con base en lo previsto en el artículo 410 del CST, y la acción de reintegro, en donde el juez debe analizar si el empleador estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo, verificar si cumplió dicho requisito, en tal sentido, si se acredita que el trabajador le fue terminado el vínculo laboral desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios y prestaciones dejados de percibir.*

*Tal disposición armoniza con el ordenamiento contenido en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el artículo 12 la Ley 584 de 2000, que estableció quiénes están amparados por fuero sindical, que para el caso particular en su literal d) se indicó expresamente a qué trabajadores cobija esta protección:*

*“a) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos...”.*

*Por su parte, sobre la prueba de la existencia del fuero sindical el artículo 113 del CPT y de la SS, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001 preceptúa:*

*“...Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical.”*

*De la misma manera, el párrafo 2º del citado artículo 406 del CST establece:*

*“Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador...”*

*En el asunto, el juzgador de primer grado consideró al final de su argumentación, que tampoco surgía la garantía foral, porque en la demandada ya existía una comisión estatutaria de reclamos, por ende, por disposición legal, en la empresa no podía existir más de una comisión de esta naturaleza. Frente a ello, se debe indicar que la carga de la prueba de la garantía foral corresponde a quien la alega, en este caso, al trabajador; de suerte que, acudiendo a las normas que establecen cómo se debe demostrar esa garantía constitucional y legal, el trabajador lo puede hacer a través de la copia del certificado de inscripción de la junta directiva o con la copia de la comunicación al empleador, tal como se indicó en párrafos precedentes.*

*En todo caso, como en el asunto se trata de acreditar que el demandante es uno de los dos miembros de la comisión estatutaria de reclamos que el literal d) del artículo 406 del CST, señala como beneficiarios de la protección foral, para hacer efectiva la consecuencia jurídica de la norma, debe tenerse en cuenta que el nombramiento de un trabajador en esta dependencia sindical debe seguir las reglas del aludido artículo 406 ibídem, pues, aunque en virtud del ejercicio de la libertad, la organización sindical puede determinar quiénes deben representarla en las diferentes funciones y facultades que le asisten, eso no implica que deba desconocer los principios bajo los cuales puede*

*ejercer ese derecho, que para el asunto, como lo indicó el juzgador –quien debió analizar ese aspecto al principio y no dejarlo para el final-, para poder aplicar correctamente la garantía foral, implicaba demostrar que la designación del trabajador se hizo en el marco de la prohibición de que en una misma empresa no puede existir más de una Comisión Estatutaria de Reclamos, acorde con lo previsto en la sentencia C201 de 2002 de la Corte Constitucional, según la cual, dicha comisión se debe elegir entre las diversas organizaciones que coexisten, y no puede aplicarse una protección cuando se desconocen los postulados legales bajo los cuales opera el ejercicio de las organizaciones sindicales, con mayor razón, si se trata de una dependencia que la Ley expresamente señala a cuáles trabajadores protege cuando se trata de ejercer la labor de recaudar las quejas y reclamaciones, tanto de trabajadores individualmente considerados, como del sindicato para presentarlas al empleador.*

*En efecto, no se puede derivar un fuero por el sólo hecho de que en un documento se diga que el trabajador es miembro de una Comisión de Reclamos, ya que se requiere establecer las demás condiciones que prevé la Ley, para que el ejercicio de esa labor sea la correcta y, por ello, pueda ser amparada ante las represiones del empleador, y en el asunto eso no se logró, porque la demandada demostró que desde el 14 de junio de 2019 existía una Comisión Estatutaria de Reclamos de la organización Sindicato Nacional de Gremio de Operadores y Transportadores de Hidrocarburos –SINGROTH-, con la designación de esa fecha de los trabajadores Anderson Dabian Páez Cortés y Jaime González Alarcón (páginas 38 y 39 del archivo 10 del expediente digital), sin que se hubiera acreditado la existencia de otra organización sindical en la misma empresa, lo cual indica que esa comisión era la única que funcionaba allí y, por lo tanto, la que válidamente podía interactuar entre trabajadores y empleador, o por lo menos, hasta tanto no comenzara el proceso democrático de elección de una nueva Comisión ante la existencia de varias organizaciones sindicales, no podía entenderse el surgimiento o actuación legal de esa nueva dependencia creada por la Unión Nacional de Trabajadores de Rama y Servicios de Transporte de Colombia –UNTT-, a la*

*cual se afilió el demandante, y mucho menos, derivar de allí fuero sindical alguno.*

*Sobre el punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia STL7013 de 2014, razonó sobre el punto:*

*Según el Juez plural, es posible que en la empresa existan tantas Comisiones Estatutarias de Reclamos, como sindicatos coexistan, lo que conduce a inferir, que por cada Comisión, dos de sus miembros serán aforados. Sin embargo, ello no es lo que se desprende del contenido del artículo 406 del C.S. del T. y de la S.S. que en su parte pertinente dice:*

*ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Están amparados por el fuero sindical:*

*(...)*

*d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. (Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores). Aparte entre paréntesis declarada inexecutable y aparte subrayado declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-201 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería.*

*La norma no ofrece duda en cuanto a que no puede existir en una empresa más de una Comisión Estatutaria de Reclamos, aparte que no fue modificado por el fallo de exequibilidad aludido, el que, eso sí precisó que tal Comisión debe ser elegida entre las diversas organizaciones que coexisten para garantizar la efectiva representación de los trabajadores. Por tanto, no constituye desconocimiento de la «autonomía y libertad de negociación» de los sindicatos tal previsión, como lo entendió el Juez de la alzada, circunstancia estudiada por la Corte Constitucional así:*

*“(...) el objetivo fundamental de la comisión de reclamos dentro de la organización sindical, cual es el de elevar ante el empleador las respectivas reclamaciones que promuevan tanto los trabajadores individualmente considerados, como el propio sindicato o sindicatos, en caso de que coexistan varios de ellos en una empresa. Por ello, la Corte encuentra razonable que sólo una comisión por empresa sea la encargada de llevar a cabo dicha labor de manera unificada, pues se trata de un mismo empleador el depositario de las diversas reclamaciones que puedan presentarse dentro de la empresa, lo cual no significa una restricción ilegítima a los derechos de asociación y libertad sindical. Nótese que el legislador no impone obstáculo alguno al ejercicio de las funciones que ejerce dicha comisión sino, por el*

*contrario, garantiza la protección especial del fuero sindical para dos de sus miembros”.*

*En tal medida, derivar un fuero del hecho de que el trabajador es miembro de una Comisión de Reclamos, por la mera situación de que en la empresa existe más de una organización sindical que cuenta con su propio Comité, es violentar el debido proceso del destinatario de la condena; lo que en verdad corresponde constatar es si el demandante logró probar que tiene el fuero que alega, por pertenecer a la Comisión Estatutaria de Reclamos que haya sido elegida entre los distintos sindicatos como vocera de los derechos e inquietudes de los trabajadores, pero ello es un tema netamente probatorio que escapa del análisis que puede adelantarse en este trámite, por cuanto no se cuenta con los elementos de persuasión para ello.*

*Ahora, como acertadamente lo menciona la accionante, en un asunto de similares características, CSJ STL, 22 may. 2013, rad. 32474, esta Sala concedió el amparo bajo las siguientes apreciaciones:*

*Es evidente que la argumentación expuesta por el ad quem fue confusa, pues no se sabe de dónde derivó el fuero de Montiel del Río, esto es, si por el hecho de que en verdad solo existiera una sola Comisión Estatutaria de Reclamos, distinta de la convencional, o si eran varias y todas estuviesen amparadas foralmente, como aparece en la última parte atrás transcrita, lo que constituye un evidente defecto sustantivo en la determinación que es el que permite predicar el desafuero en que incurrió.*

*Surge claro que la providencia C-201 de 19 de marzo de 2002, estudió la exequibilidad del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, expulsó únicamente de ese articulado el aparte del literal d) que versa sobre la Comisión Estatutaria de Reclamos y que señalaba que sería designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores, dejando incólume que ostentaran el fuero sindical “dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales por el mismo periodo de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que puedan existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos”. Así lo argumentó:*

*“(...) el objetivo fundamental de la comisión de reclamos dentro de la organización sindical, cual es el de elevar ante el empleador las respectivas reclamaciones que promuevan tanto los trabajadores individualmente considerados, como el propio sindicato o sindicatos, en caso de que coexistan varios de ellos en una empresa. Por ello, la Corte encuentra razonable que sólo una comisión por empresa sea la encargada de llevar a cabo dicha labor de manera unificada, pues se trata de un mismo empleador el depositario de las diversas reclamaciones que puedan presentarse dentro de la empresa, lo cual no significa una restricción ilegítima a los derechos de asociación y libertad sindical. Nótese que el legislador no impone obstáculo alguno al ejercicio de las funciones que ejerce dicha comisión sino, por el contrario, garantiza la protección especial del fuero sindical para dos de sus miembros”.*

*Dicho precepto no se presta a equívocos, como aquellos en que incurrió el Tribunal y que ya se destacaron, pues advierte sobre la imposibilidad de que en una misma empresa exista más de una Comisión Estatutaria de Reclamos, independientemente de que converjan sindicatos de cualquier estirpe, federaciones o confederaciones, pues a lo que se insta es que aquella Comisión sea elegida entre las diversas organizaciones que coexisten, en tanto su labor que es la representación de los intereses de los trabajadores, como contrapeso legítimo, deriva de la necesidad de estos últimos de tener un interlocutor legítimo que permita gestionar los derechos colectivos de los trabajadores.*

*Es decir que, tal como lo alegó el accionante, en el presente caso, tales argumentos se soslayaron vulnerando con ello el debido proceso y es por eso que procede la protección, y para que en el término de 15 días hábiles, la autoridad judicial accionada emita sentencia de fondo, teniendo en cuenta lo aquí descrito.*

*Entonces, como de la designación del demandante en el cargo de miembro de la Comisión Estatutaria de Reclamos de UNTT, el 19 de agosto de 2020 (páginas 17 a 19 del archivo 02 del expediente digital), no surgió garantía foral alguna, por cuanto en la empresa previamente existía una Comisión de Reclamos por parte de otra organización sindical, es claro que el empleador podía terminar válidamente el contrato de trabajo sin necesidad de acudir al juez del trabajo, o en otras palabras, el fenecimiento contractual se ajustó a la legalidad, y por ello no hay lugar al reintegro solicitado.*

*Con esas razones, sobra cualquier estudio sobre los efectos de la comunicación remitida por el sindicato UNTT, el 25 de agosto de 2020 dirigida al empleador, con el propósito de dar a conocer la designación del demandante (página 20 del archivo 02 del expediente digital y archivo 13 ibídem), por cuanto, se insiste, la designación del actor en esa dependencia de la organización sindical a la cual pertenecía, no traía aparejada protección legal y constitucional alguna que pudiera ser comunicada a la empresa.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**R E S U E L V E**

**Primero.**-Confirmar la sentencia apelada, pero por las razones referidas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.**- Costas de la instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación de costas la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y Cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GATTÁN  
Magistrado

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado

  
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE  
Magistrada

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OTONIEL LÓPEZ VALENCIA, EN NOMBRE PROPIO Y DE SU HIJO MENOR DE EDAD, JUAN MANUEL LÓPEZ CORTÉS, Y DANIEL FELIPE DÍAZ CORTÉS CONTRA LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.*

*En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por el auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la sala.*

*Acto seguido, el tribunal procedió a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 25 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Daniel Felipe Díaz Cortés, Otoniel López Valencia quien actúa en nombre y representación del menor, Juan Manuel López, por medio de apoderada judicial, demandaron a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con*

*el fin que, se condene a la entidad a pagar primas extralegales de servicio de diciembre de 2016, prima extralegal de servicios de junio y diciembre de 2018; prima extralegal de vacaciones de febrero de 2016 a febrero de 2019; el reajuste de cesantías teniendo en cuenta para ello la prima vacacional extralegal como constitutivo de salario, así como el reajuste de los intereses de las cesantías, sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías en forma completa, durante los años 2017 y 2018, se indexen las sumas reconocidas y el pago de costas procesales.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 9 del archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: en la empresa existe el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, SINTRAFE, a quien se le reconoció personería mediante Resolución No. 0058 de 1959, la organización sindical y la empresa demandada, suscribieron sendas Convenciones Colectivas de Trabajo; en el año 1965 se estipuló en el artículo 40 que el acuerdo convencional sería aplicado a todos los trabajadores de la Federación, situación que se repitió en 1974, 1976, 1978, 1980, 1982, 1984, 1986; manteniéndose vigente dicha disposición, para el año 1988, 1990, 1992, 1995, 1996 y 1998; Luz Stella Cortés Jaramillo empezó a trabajar en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a partir del 1º de febrero de 2006, mediante contrato de trabajo a término fijo, en el cargo de extensionista, sin embargo, la trabajadora falleció el 18 de marzo de 2019; en la convención de 1974 se pactó el reconocimiento de una prima extralegal de servicios, equivalente a dos meses de salario, en junio y diciembre, incluyéndose la prima legal de servicios; en la Convención de 1984 y en el laudo de 1986 se estableció el reconocimiento de un prima vacacional; en el artículo 9 del convenio celebrado en 1996, se estableció que la prima vacacional constituía salario; a la hora de liquidarse las cesantías de la trabajadora, no se tuvo en cuenta la prima vacacional extralegal; durante el vínculo laboral y hasta el año 2018, no le fueron pagadas a la trabajadora, las primas extralegales de servicio, vacacionales; SINTRAFEC nunca ha sido mayoritario, la trabajadora no estaba afiliada a la organización sindical; Luz Stella contrajo matrimonio con Otoniel López y de dicha unión se procreó a Juan Manuel López Cortés, pero de una relación anterior, ella tuvo a Daniel Felipe Díaz Cortés.*

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la parte demandada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fl. 429 del archivo 01 del expediente digital); en cuanto a los hechos, aceptó como cierto la existencia del sindicato SINTRAFEC, al cual le fue reconocida personería, la celebración de sendas convenciones colectivas y que en 1965 se acordó que el acuerdo convención sería aplicado a todos los trabajadores de la empresa, acordándose dar continuidad en los pagos establecidos en la convención celebrada en 1982 y 1984 y laudo arbitral de 1986; además, aceptaron la existencia del contrato a término fijo a partir del 1 de febrero de 2006, en el cargo de extensionista y los salarios devengados por la ex trabajadora entre el año 2016 y 2019, cuando se presentó su deceso, además que Luz Stella no se encontraba afiliada al sindicato de la empresa, contrajo nupcias con Otoniel López y procreó dos hijos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.*

*En audiencia celebrada el 7 de julio de 2020 se dispuso vincular al trámite a los herederos indeterminados de la señora Luz Stella Cortes Jaramillo (q.e.p.d.), designando para tales efectos, a un auxiliar de la justicia, quien no presentó oposición alguna sobre las pretensiones de la demanda e indicó que los hechos formulados no le constaban (archivo 6 del expediente digital).*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento (archivo 12 del expediente digital), éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró que la señora Luz Stella Cortés Jaramillo era beneficiaria de la prima extralegal de servicios y de la prima extralegal de vacaciones contenidas en el artículo 29 de la CCT de 1974; y el artículo 10 de la CCT de 1984. Condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a reconocer y pagar a favor de los demandantes, la prima extralegal de servicios, por valor de \$21.396.741, vacaciones, en cuantía de \$12.128.962,*

*reliquidación de cesantías de \$727.347 y reliquidación de intereses sobre las cesantías de \$80.291,<sup>15</sup>, sanción por no consignación de las cesantías, correspondiente a \$41.002.895, sanción moratoria de \$117.587,<sup>7</sup> diarios, a partir del 16 de marzo de 2019 y hasta el 15 de marzo de 2021, y a partir del día siguiente, los intereses moratorios a la tasa máxima vigente para los créditos de libre asignación e impuso condena en costas a la demandada.*

*Sentó su decisión en que, en la Federación Nacional de Cafeteros junto con la organización sindical establecieron, desde el acuerdo celebrado en 1974, que se pagaría a todos los trabajadores sin que se haya perdido vigencia con posterioridad al año 1999, pues con el laudo emitido en el año 1986, se garantizó la continuidad de las normas, luego entonces, a pesar de haberse vinculado la trabajadora en el año 2006 y que no se haya afiliado al sindicato de la empresa, ello no era óbice para que, no le fueran reconocidas la prima extralegal de servicios y de vacaciones contempladas en los acuerdos convencionales y por ello ordenó su pago, así mismo, ordenó la reliquidación de cesantías e intereses.*

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación expresando su inconformidad respecto a tres puntos, primero, al estimar que se está en presencia de una inexistencia del derecho reclamado, al no poder aplicarse los beneficios convencionales a la señora Luz Stella Cortés Jaramillo, al no encontrarse afiliada al sindicato SINTRAFEC; en segundo lugar, al darse el carácter salarial a la prima extra legal de vacaciones, ya que, en la cláusula 2° del contrato se estableció que los pagos extralegales no tendrían carácter salarial ni efectos prestaciones, situación que fue ratificada también en el artículo 9 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996 y en tercer lugar, al estimar que la demandada no actuó de buena fe y por ello, no se debía fulminar condena de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, máxime que se encuentra acreditado el pago de acreencias y la consignación de cesantías, quedando, en gracia de discusión, un monto irrisorio pendiente por pagar, por concepto de prestaciones extralegales; en caso de salir adelante*

*el recurso impetrado, reclama, la revocatoria de la orden de reliquidación de prestaciones sociales y sanciones impuestas.*

### C O N S I D E R A C I O N E S

*Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuesto por la parte demandada al momento de sustentar su recurso de apelación.*

#### NEXO LABORAL - EXTREMOS - SALARIO

*No es objeto de controversia y está acreditado en el expediente que Luz Stella Cortés Jaramillo, prestó sus servicios a la Federación Nacional de Cafeteros entre el 1° de febrero de 2006 y el 18 de marzo de 2019, mediante contrato de trabajo a término fijo, en el cargo de extensionista, devengando entre el 2016 y 2019, las sumas de \$2.637.470, \$2.822.093, \$2.991.419, \$3.170.904; hechos que fueron aceptados por la demandada al dar contestación a la demanda y que se corrobora con los medios de convicción.*

#### BENEFICIOS CONVENCIONALES

*Al efecto, basta señalar que los artículos 40, 33, 31, 33, 28, 27 y 16 de las CCT 1965- 1966; 1972 - 1974; 1974 - 1976; 1976 - 1978; 1978 - 1980; 1980 - 1982; 1982 -1984; 1984 - 1986, respectivamente (fls. 93 a 303) consagraron la aplicación de los beneficios convencionales en la forma que sigue “La presente Convención Colectiva de Trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional De Cafeteros y de Los Almacenes Generales De Depósito De Café S.A., en las condiciones y términos aquí indicados” Cláusula que determina claramente que todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo sin distinción alguna, por lo que la señora Luz Stella Cortés Jaramillo es beneficiaria de los derechos y garantías sociales allí consagrados, amén de que ni esta norma convencional ni otra posterior fija que solamente se benefician de la misma los trabajadores afiliados a la organización sindical, menos aún se advierte que tal extensión haya sido expresamente derogada siendo que, por el contrario, de acuerdo a*

lo consignado en las subsiguientes y, particularmente, en la última de 1998, artículo 1 (fls 376 a 382), se dispuso lo siguiente: “Normas Convencionales y Laudos anteriores. Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas, sustituidas o acordadas por la presente Convención Colectiva de Trabajo.”; de ahí que por el hecho de que con posterioridad a la convención de 1988 no se continuara transcribiendo la cláusula de la extensión o que el sindicato se haya convertido en minoritario no tenga el alcance derogatorio que pretendió darle la pasiva a la no inclusión, ya que como se observa, esta particular extensión no se produce por aplicación de la ley (art. 478 del CST) sino por la propia convención, como se vio, ajeno por lo demás a si se paga las cuotas sindicales o no, ya que ello es algo que incumbe a la organización sindical más no esencial para su aplicación o extensión. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia del 25 de septiembre de 2012 Rad. 38463, en un caso muy similar al presente, concluyó que de conformidad con dicha cláusula todos los trabajadores de la aquí demandada son beneficiarios del acuerdo convencional y precisó que “Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado.”. Por manera que es del caso confirmar la sentencia en este aspecto.

#### PRIMA DE VACACIONES

Alega la parte demandada, que, no se debió dar connotación salarial y, por tanto, efectos prestacionales a esta prima, sin tenerse en consideración que las partes al momento de suscribir el contrato de trabajo, pactaron no tener como carácter salarial tal concepto.

Es así como revisado el caudal probatorio, se tiene a folio 36 del cartulario copia del contrato de trabajo a término fijo, en el que plasmó en el artículo segundo que: “LA FEDERACIÓN pagará a EL EMPLEADO un salario mensual de un millón seiscientos cincuenta y tres mil ciento cincuenta pesos moneda corriente. (\$1.653.150.00). Cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este Contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales.”. Siendo a las voces de la H. Corte Suprema de Justicia, los derechos convencionales de

*carácter normativo y, por tanto, equiparables a los legales, adquiriendo de esta manera un carácter de irrenunciables, tal y como se dejó sentado en sentencia SL1953-2021. Devienen, entonces, en cláusulas ineficaces atendiendo al artículo 43 del CST.*

*Consecuencia de lo anterior, no se puede tener como válida la renuncia a derechos convencionales efectuada por la trabajadora fallecida, en el contrato de trabajado, celebrado con la Federación de Cafeteros, siendo procedente fulminar condena por concepto de reliquidación de acreencias laborales, teniendo en cuenta dicho concepto.*

#### *INDEMNIZACIÓN MORATORIA - SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS*

*De entrada hay que precisar que la reliquidación de prestaciones sociales se debió a que se tuvo en cuenta como salario lo referente a la prima extralegal de servicios y la prima extralegal de vacaciones, que se pactaron en el contrato de trabajo como no constitutivos de salario.*

*La indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST, así como la sanción de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, establecen a favor del ex trabajador una sanción en los términos allí dispuestos o cuando el empleador no consigna el auxilio de cesantía en el plazo concedido a éste. Indemnizaciones que como lo ha admitido la jurisprudencia en forma reiterada, no son de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma, lo que, como lo expresa la H. Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, en sentencia de 16 de julio de 1979, " Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia".*

*Significando, entonces, que el contrato de trabajo se debe ejecutar, como todo*

*contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del C.S. del T), sino también por principio, que es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que, la buena fe con una mayor relevancia en el área del derecho del trabajo, envuelven el actuar de las partes en la ejecución del contrato de trabajo.*

*Para el caso bajo análisis se tiene que la entidad accionada desde la contestación de la demanda y a lo largo del juicio, negó el reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas, entre otras razones, debido a que en el contrato de trabajo se definió entre los contendientes que la “Cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este Contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales.” Aunque dicha cláusula fue declarada ineficaz, y se le dio carácter salarial a la prima extralegal de servicios y a la prima extralegal de vacaciones, mediante el presente proceso, ello no es óbice para apreciar la conducta del empleador en el no reconocimiento como factor salarial de dichos emolumentos. Nótese como estas prestaciones sociales no fueron estimadas como factor salarial, en cumplimiento de lo pactado, y mientras estuvo vigente el vínculo laboral no se reclamó sobre el particular, algún efecto jurídico debe dársele a esa cláusula contractual, fuera de la ya advertida, cual es la buena del empleador y por lo tanto se debe absolver a la demandada de estas indemnizaciones. Por lo que se revocará la decisión de primer grado, en estos puntos.*

*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

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

**Primero.-** *Revocar el literal a, del ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.*

**Segundo.-** Revocar el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de absolver a la demandada del pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T.

**Tercero.-** Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

**Cuarto.-** Sin costas en esta instancia, al prosperar en forma parcial el recurso impetrado.

Notifíquese y Cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

  
Aclaro voto  
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE