

República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **LUCILA PÁEZ GUTIÉRREZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ACTIVOS S.A. y COLOMBIANA DE TEMPORALES S.A. – COLTEMPORA S.A. -**

**EXP. 11001-31-05-038-2016-00198-01.**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el grado de consulta jurisdiccional de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2019 , por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por ser totalmente adversa a las pretensiones del demandante, y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara lo siguiente: que con ocasión del vínculo contractual como trabajadora en misión a través de las empresas COLTEMPORA y ACTIVOS S.A., desde el 28 de marzo de 2014 al 14 de marzo de 2015, existió una relación laboral con la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES; que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente y sin justa causa por las demandadas; que no le fue pagado el mismo salario devengado por un servidor por el personal de planta de COLPENSIONES, pese a ejercer las mismas funciones, y que las empresas ACTIVOS y COLTEMPORA, actuaron como un simple intermediario a la luz del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como pretensiones de condena, solicitó que se condenara a las demandadas al pago de los siguientes conceptos: la sanción por despido injusto de la relación laboral, consistente en los pagos dejados de percibir desde el 14 de marzo de 2015 hasta la fecha en que cese la obra o labor contratada; al pago de las diferencias salariales y prestaciones en comparación con lo recibido por el personal de planta de COLPENSIONES que ejercía sus mismas funciones; a la reliquidación de la prima de servicios; la prima de vacaciones; las vacaciones pagadas, cesantías, intereses de las cesantías, y prima legal de navidad; al pago de la bonificación extralegal por año de servicios, y la bonificación de recreación, tomando como base el salario recibido por el “profesional senior 3 de COLPENSIONES”; la indexación de las sumas adeudadas; perjuicios morales por el despido injusto; las costas del proceso y que se tenga en cuenta el principio de la ultra y extra petita.

Para el efecto, manifestó que COLPENSIONES, el 27 de marzo de 2013, celebró el contrato de suministro de trabajadores en misión n.º42 con ACTIVOS S.A., cuyo objeto consistió en suministrar a COLPENSIONES hasta 1530 trabajadores en misión. Señaló, que el 14 de mayo de 2014, COLPENSIONES celebró contrato de prestación de servicios n.º60 con la misma empresa para el suministro de hasta 500 trabajadores en misión. En el literal “nn” de dicho contrato, se pactó como obligación de ACTIVOS S.A. retirar al trabajador en misión de manera inmediata por solicitud de COLPENSIONES.

Señaló que el 24 de junio de 2014, COLPENSIONES celebró el contrato de prestación de servicios n.º053 para el suministro de trabajadores en misión con la empresa COLTEMPORA S.A., y que el 27 de marzo de 2015, COLPENSIONES nuevamente suscribió este contrato.

Respecto de la empresa ACTIVOS S.A., indicó que COLPENSIONES celebró el contrato de suministro de trabajadores en misión n.º005, en el cual la entidad participó en el proceso de reclutamiento de los trabajadores. Dijo, que a partir del 28 de marzo de 2014, fue reclutada para prestar sus servicios en COLPENSIONES como trabajadora en misión, bajo el cargo de “profesional II” que le es equivalente al cargo de Profesional Senior Código 310 grado 03, en la Gerencia Nacional de Reconocimiento de COLPENSIONES, y que a partir del 26 de junio de 2014, se desempeñó como trabajadora en misión a través de la empresa COLTEMPORA S.A., que cambió de empresa temporal lo cual no la afectó, pues siguió desempeñando sus funciones en COLPENSIONES sin solución de continuidad.

Manifestó que el día 19 de febrero de 2015, COLPENSIONES solicitó la finalización de su contrato de trabajo a la Vicepresidencia de Talento Humano, y que, el 14 de marzo de 2015, la entidad le

informó que su relación laboral había finalizado porque la labor para la que fue contratada había cesado, pese a que dicha obra continúa en la entidad. Asimismo, señaló que las labores desarrolladas por la poderdante son propias de las actividades misionales y permanentes de la entidad. No obstante, COLPENSIONES por más de 2 años ha suscrito contratos con empresas temporales para atender actividades de su órbita funcional.

Adujo que el 6 de julio de 2012, COLPENSIONES depositó en el Ministerio del Trabajo, Pacto Colectivo cuya vigencia es del 14 de junio de 2012 hasta el 13 de junio de 2017; que el sueldo del profesional senior código 310 grado 03, adscrito a la Gerencia de Reconocimiento para el año 2014 y 2015, devengaba la suma de \$3.929.734 y \$4.112.859 respectivamente, pero que su remuneración básica para los años mencionados fue de \$3.567.900.

Finalmente, indicó que el 27 de noviembre de 2014 la Junta Directiva de COLPENSIONES estableció la escala salarial única y beneficios unilaterales para todos los trabajadores de dicha entidad, y que el 3 de octubre de 2014, el Contralor General Delegado del Sector Social emitió control de advertencia a la misma, por la vinculación laboral irregular de los trabajadores en misión

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de julio de 2016, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 381).

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no ha existido vínculo laboral con la demandante, por cuanto es una trabajadora en misión que



tiene una relación laboral directa con las empresas de servicios temporales COLTEMPORA S.A. y ACTIVOS S.A., que no se extiende a ella, como empresa usuaria.

Manifestó que conforme a la Ley 50 de 1990, las Empresas de Servicios Temporales están revestidas de verdaderos empleadores de sus trabajadores en misión, por lo cual son las únicas responsables de sus acreencias laborales, salarios y prestaciones sociales, así como que la actora fue suministrada legalmente a COLPENSIONES en calidad de trabajadora en misión. (f.º 336 – 341).

Propuso las excepciones de fondo de inexistencia del derecho y de la obligación y/o falta de legitimación en la causa por pasiva; del cumplimiento de las ordenes de la Corte Constitucional y prevalencia del interés general sobre el particular; de las diferencias salariales; prescripción; buena fe – principio de legalidad, e innominada o genérica. (f.º 357 – 362).

**ACTIVOS S.A.**, también se opuso a las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor, que entre la actora y la empresa se celebró un contrato por obra o labor determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo. Dicha relación laboral tuvo una vigencia desde el 28 de marzo de 2014 hasta el 25 de junio de 2014, por lo cual no es posible declarar una relación laboral entre la actora y COLPENSIONES en el periodo referido. Señaló, que el contrato laboral por obra o labor determinado suscrito con la demandante, finalizó con ocasión de la terminación del plazo de ejecución del contrato de prestación de servicios n.º007 suscrito entre COLPENSIONES y ACTIVOS S.A. (f.º 398 – 405).

Invocó las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento

sin justa causa, compensación y pago, buena fe, mala fe de la demandante y genérica. (f.º 442 – 444).

**COLTEMPORA S.A.**, se opuso todas las pretensiones de la demanda. Manifestó que la actora estuvo vinculada laboralmente con la empresa, mediante dos relaciones laborales, autónomas, independientes, y ajenas a cualquier otra. Indicó, que el primer contrato laboral, inició el 26 de junio de 2014 y finalizó el 10 de diciembre de 2014, bajo la modalidad “por obra o labor”, en el cargo de Profesional II como trabajadora en misión. Aclaró, que el segundo contrato laboral fue desde el 11 de diciembre de 2014 hasta el 14 de marzo de 2015, y que ambas relaciones laborales terminaron por la finalización de la obra o labor contratada, según lo informo la empresa usuaria COLPENSIONES. Dichos contratos, no superaron el año de servicios dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. (f.º 532 – 538).

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas; inexistencia de despido; cobro de lo no debido y falta de causa para pedir; buena fe; mala fe, temeridad y deslealtad procesal; prescripción de derechos; compensación, e innominada.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 4 de septiembre de 2019, absolvió a las demandas de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante, y condenó a la actora a la liquidación de las costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de cada una de las accionadas.

El Juzgado estimó que, conforme al acervo probatorio allegado al proceso, existió una relación laboral desde el 28 de marzo de 2014 hasta el 25 de junio 2014, entre la actora y la demandada Activos S.A., la cual estaba sujeta a la vigencia del vínculo de la empresa con la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para efectos de suministro de personal. Después, estimó que la actora tuvo vinculación laboral con la demanda Coltempora S.A. sin solución de continuidad respecto del vínculo contractual con Activos S.A., desde el 26 de junio de 2014 al 14 de marzo de 2015, Así las cosas, el despacho concluyó que Colpensiones no intervino en la vinculación de la demandante, de manera que no se podría predicar una única vinculación contractual laboral entre la demandante y Colpensiones en los extremos temporales referidos, toda vez que la vinculación de la actora con las empresas de servicios temporales accionadas se suscribió dentro del margo legal.

Se refirió a lo dispuesto por la Corte Constitucional, respecto de la vinculación de personal a través de empresas de servicios temporales por parte de Colpensiones, para manifestar que en su oportunidad se ajustaba a los preceptos legales, como consecuencia del incremento de producción derivado de la necesidad de atender el represamiento de solicitudes que tenía el extinto Instituto de Seguros Sociales – I.S.S., que debieron ser asumidos por Colpensiones. Así las cosas, la Corte Constitucional en varios proveídos reconoció la presencia de un estado de cosas inconstitucional, por lo cual fue pertinente conceder algunas alternativas para efectos de atender efectivamente los requerimientos prestacionales de los afiliados al R.P.M.P.D. Lo anterior, para concluir que la vinculación de la demandante y la contratación de personal, a través de empresas de servicios temporales por Colpensiones cumplió con los presupuestos legalmente establecidos.

Asimismo, señaló que la vinculación laboral con las empresas temporales no superó los términos legalmente establecidos. Con Activos S.A., la vinculación no superó los 6 meses, y con Coltempora S.A tampoco debido a que duró 8 meses y 19 días, escenario en el cual es dable prorrogar el contrato por un término igual al pactado inicialmente.

#### IV. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social –Grado Jurisdiccional de Consulta-, la Sala estudiará como problema jurídico, si existió o no un vínculo laboral respecto de la actora LUCILA PÁEZ GUTIÉRREZ y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Al respecto, el juzgado estimó que existió una relación laboral entre la demandante y las empresas temporales de servicios Activos S.A. y Coltempora S.A., la cual estuvo sujeta a la vigencia del vínculo contractual de las demandadas con la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que surgió debido a la necesidad de suministro de personal de la entidad para atender los requerimientos de los afiliados al Régimen de Prima Media en el extinto Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.

Así pues, el juzgado consideró ajustado a derecho la contratación de personal efectuada por Colpensiones a través de las empresas de servicios temporales demandadas, conforme a lo establecido en el literal 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, el cual consagra que los usuarios de las empresas de servicios temporales podrán contratar con éstas, *“Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos*

*estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.*

Para el efecto, el juzgado se refirió a lo dispuesto por la Corte Constitucional en varias sentencias respecto del estado de cosa inconstitucional en la transición del administrador del R.P.M.P.D., por el paso del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S. a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el cual fue acreditado por el Tribunal Constitucional en los autos 320 y 110 de 2013, por ser evidente *“la presencia de un conjunto de obstáculos materiales y administrativos que impiden el cumplimiento de los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico para la resolución de las peticiones pensionales y el acatamiento de las órdenes dictadas por los jueces de la República”*. Así las cosas, dicho incremento en la producción justificó la contratación en la entidad, de personal mediante empresas temporales de servicios.

Respecto de la modalidad del contrato de trabajo suscrito entre la demandante y las empresas temporales, el juez consideró que se trataba de un contrato de obra o labor determinada para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio. Por lo cual, no existió un único contrato de trabajo sin solución de continuidad con Colpensiones, como se alegó en la demanda, sino una relación laboral contractual con la ETS Activos S.A., desde el 28 de marzo de 2014 hasta el 25 de junio de 2014, (f.º 371); con Coltempora S.A. desde el 26 de junio de 2014 hasta el 10 de diciembre de 2014 (f.º25), y desde el 10 de diciembre de 2014 hasta el 14 de marzo de 2015 (f.º26).

De otro lado, se encuentra acreditado el cumplimiento del término establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, frente a los usuarios de las empresas de servicios temporales para atender los incrementos en producción, debido a que la vinculación con la empresa Activos S.A. no superó los 6 meses, y la vinculación con Coltempora S.A. fue de 8 meses y 19 días, lo cual evidencia que en

esta relación laboral se generó la prorroga de que trata el precitado artículo sin exceder un año de servicio.

Finalmente, se tiene que la demandante no asistió a la diligencia de interrogatorio de parte, a la que fue legalmente citada, y que no allegó excusa para justificar su ausencia, motivo por el cual el juez aplicó las sanciones previstas en el artículo 205 del Código General del Proceso, por lo que se presumieron como ciertos los 19 hechos de defensa alegados por Activos S.A. (f.º414 - 417), como sustento de las excepciones invocadas; así como los hechos de defensa de Coltempora S.A. (f.º559 - 571), que sustentaron las excepciones que invocaron. Asimismo, señaló que se desistió de la prueba testimonial de Diana Carolina Blanco Rodríguez, María Cristina Duarte Tolosa y María Angélica Bello Cubillos, decretados a instancia de la parte actora, al no haber garantizado su comparecencia a la audiencia, lo que denotó la falta de interés de la demandante en el presente proceso.

En consecuencia, no se incorporó al plenario medio probatorio alguno que desvirtúe la presunción de hechos ciertos, o que demuestre la existencia de un vínculo contractual de la actora con Colpensiones, por lo cual se le otorga valor probatorio a las pruebas documentales allegadas al proceso, como quiera que demuestran la existencia de los contratos de trabajo de la demandante con las empresas de servicios temporales, y de los contratos comerciales suscritos por Colpensiones con las demandadas para la atención del incremento de requerimientos administrativos dentro del término legal dispuesto para ello.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



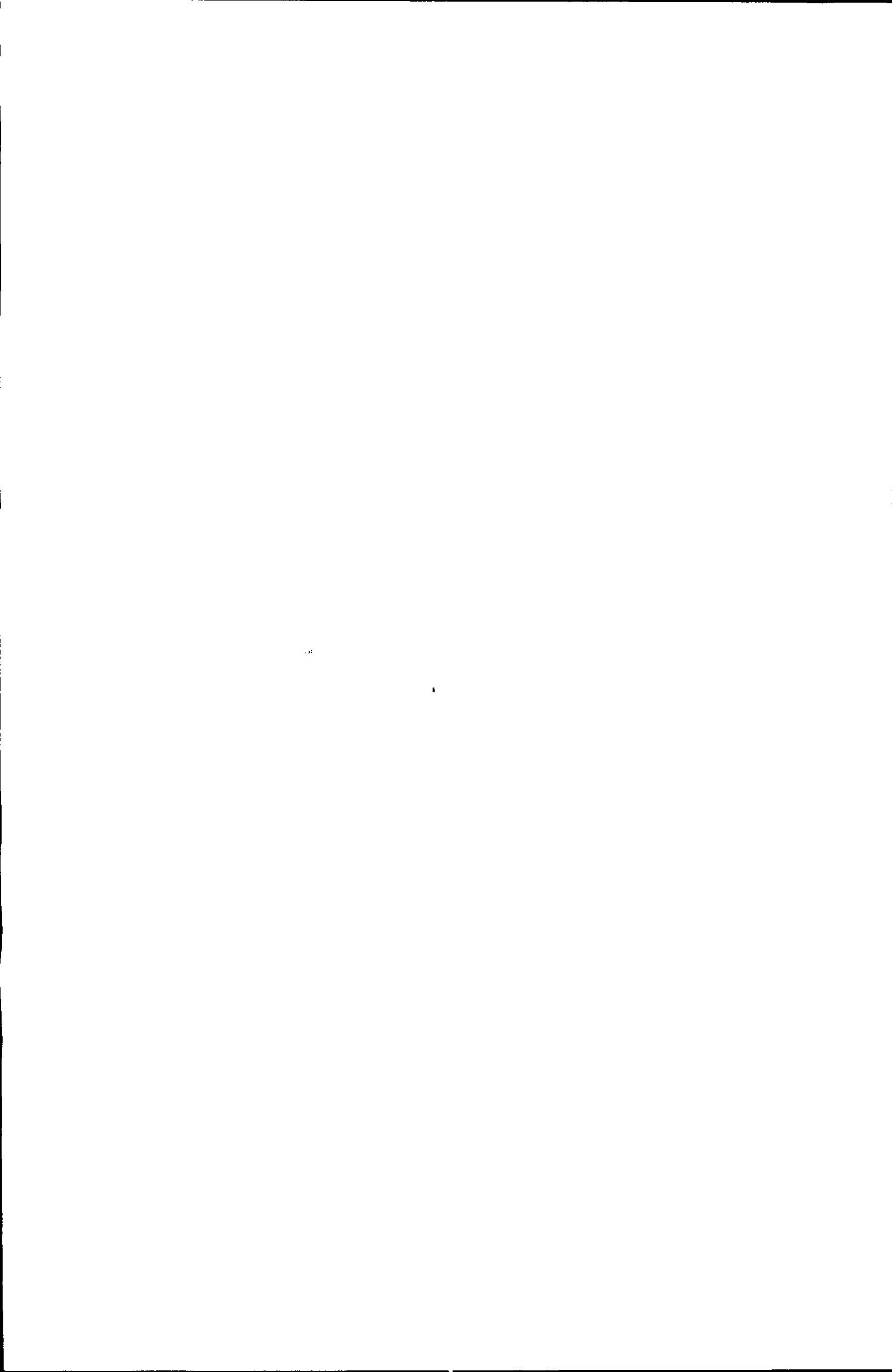
**DAVID A. J. CORREA STEER**



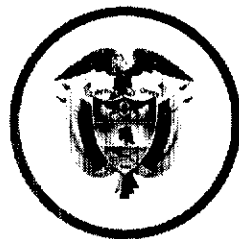
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**







República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **GLORIA STELLA CRUZ ORTIZ** en contra de **COLPENSIONES**.

**EXP. 11001 31 05 025 2018 00341 01**

Bogotá DC, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados por las partes contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2019, por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, en forma principal que, se condene a la demandada a reliquidar la pensión de sobrevivientes, con una tasa de reemplazo del 90% de acuerdo con lo establecido en los arts. 20 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 22 de octubre de 2010, con el consecuente pago de las diferencias entre lo pagado y dejado de

pagar, teniendo en cuenta las resoluciones n.º 042016 de 2011 y GNR 135060 de 2016, más la indexación. De manera subsidiaria pidió que se reliquide la prestación con una tasa de reemplazo el 75%, con base en el art. 48 de la Ley 100 de 1993 (f.º 50).

Sustentó sus pretensiones en que el causante Carlos Mario Acevedo Granada (QEPD), fue beneficiario del régimen de transición, cotizó en el ISS un total de 1418 semanas entre el 18 de noviembre de 1973 y el 12 de abril de 2002, y falleció el 21 de octubre de 2010; la mencionada entidad reconoció la pensión de sobrevivientes mediante resolución n.º 042016 de 2011 y la reliquidó en resolución GNR 135060 de 2016, efectiva a partir del 21 de octubre de 2010, en cuantía inicial de \$1.019.989 de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003; el 22 de febrero de 2017 solicitó la reliquidación de la prestación, la cual fue negada mediante resoluciones n.º SUB2831 y DIR7337 de 2017(f.º 51, 52).

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 16 de agosto de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 65), quien contestó con oposición y propuso como excepciones de mérito las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste, ni al pago de intereses moratorios o indemnización moratorio, buena fe y carencia del derecho (f.º 70-77).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado, guardó silencio (f.º 66-68).

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de noviembre de 2019, declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir y cobro de lo no debido, en consecuencia, absolvió a la demandada y se abstuvo de imponer costas a cargo de las partes, tras considerar que no es viable aplicar los principios de favorabilidad y de la condición más beneficiosa para efectos de reliquidar pensiones de sobrevivientes, y en el caso de la demandante, no queda duda que la norma aplicable para estudiar su derecho es la vigente al momento del fallecimiento de su cónyuge, es decir, la Ley 797 de 2003, norma que establece cómo se liquida el IBL y trae consigo las respectivas tasas de reemplazo (f.º 106-109).

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló con sustento en que es beneficiaria del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación de los principios de la condición más beneficiosa y de favorabilidad, máxime cuando el causante cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; así mismo, es viable la reliquidación de la prestación, con el 75% como tasa de reemplazo, ya que su cónyuge completó más de las 1300 semanas exigidas por la Ley 100, para aumentar el monto de la pensión; por último adujo que Colpensiones le otorgó un IBL inferior al que le correspondería.

#### V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el art. 66 A del CPTSS, la Sala estudiará **exclusivamente** si hay a lugar a reliquidar la pensión de sobrevivientes de la demandante, con una tasa de reemplazo del 90% de acuerdo con lo establecido en los arts. 20 y 25 del Acuerdo 049 de

1990, o con una tasa de reemplazo el 75%, con base en el art. 48 de la Ley 100 de 1993, como fue solicitado de manera subsidiaria. Lo anterior, por cuanto lo relacionado con el presunto IBL incorrecto, se trata de un hecho o pretensión nuevos respecto de los cuales la demandada no ha emitido pronunciamiento alguno, por lo que, esta Colegiatura carece de competencia, en la medida en que no le son atribuibles las facultades ultra y extra petita del art. 50 del CPTSS (CSJ SL8716-2014).

Está al margen de la discusión, que el causante Carlos Mario Acevedo Granada, nació el 8 de febrero de 1951, cotizó en vida un total de 1418.57 semanas entre el 18 de noviembre de 1973 y el 12 de abril de 2002, que falleció el 21 de octubre de 2010 con 59 años de edad, y que como consecuencia de ello, el extinto ISS, le reconoció la pensión de sobrevivientes a la demandante en calidad de cónyuge supérstite a partir del 21 de octubre de 2010, prestación que fue reliquidada para otorgar \$1.019.989 como primera mesada, tal y como dan cuenta las resoluciones n.º 042016 de 2011 y GNR 135060 de 2016, actos administrativos que aplicaron el parágrafo 1º del art. 12 y el art. 13 de la Ley 797 de 2003 (f.º 2-11 y CD Exp. Admontivo).

**Reliquidación de la pensión de sobrevivientes - principio de la condición más beneficiosa, no es aplicable - tránsito legislativo de A. 049 de 1999 a L. 797 de 2003**

La norma aplicable para resolver la controversia, en principio, es la vigente para el 21 de octubre de 2010, fecha de la muerte del causante, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019), en la primera se establece que la pensión de sobrevivientes la deja causada el afiliado fallecido, que hubiere efectuado aportes durante por lo menos 50 semanas dentro

de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al momento en que se produzca su muerte.

Así las cosas, es claro que el afiliado causante, no completó 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la data en que falleció, porque había dejado de hacer aportes al sistema de pensiones, el 12 de abril de 2002.

Además, al no ser cotizante activo según el lit. b) del art. 46 original, de la Ley 100 de 1993, tampoco alcanzó a completar 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento de su muerte; así que no se cumplen las reglas básicas jurisprudenciales y límites temporales para la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa del inc. final del art. 53 de la CP, teniendo en cuenta la fecha de la muerte, los lapsos dejados de cotizar al sistema y la última semana aportada, esto es, en aplicación de lo dispuesto en la normativa inmediatamente anterior a la vigente, por excepción a la regla general de aplicación de la norma vigente al momento del fallecimiento (CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 40662, SL4650-2017, SL4649, SL2544, SL765 y SL797 estas últimas de 2018); por lo que no es viable aplicar el principio de la condición más beneficiosa.

Ahora, según el par. 1º del art. 12 de la Ley 797 de 2003, se verificará si el causante alcanzó a completar el número de semanas mínimas requeridas en el régimen de prima media en tiempo anterior a su fallecimiento, entendiéndose por ello, el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y, de manera excepcional, el del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, siempre y cuando el asegurado fallecido sea a su vez beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL, 31 ago. 2010 rad. 42628, SL13684-2016, SL15262 y SL22158 ambas

de 2017, SL2393 y SL3461 de 2018, SL114 y SL573, SL3169 y SL876 últimas de 2019).

Con base en lo anterior, según se desprende del material probatorio, Carlos Acevedo, conservó dicha transición en la medida en que a 1º de abril de 1994, tenía 43 años de edad, y completó 1418.57 semanas en toda su vida laboral, por ende, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, superó con creces las 750 semanas allí exigidas, siendo el último aporte efectuado el 12 de abril de 2002; así las cosas, aun cuando para el 2011 no dejó causado el derecho con base en el art. 9º de la Ley 797 de 2003, el régimen pensional del que podría verse amparado dicho afiliado, no era otro que el previsto en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, norma respecto de la cual, el causante completó el requisito de las 1000 semanas en cualquier tiempo.

En este punto, es preciso señalar que, entre otras, en sentencias SL13645-2014, SL4342 y SL6629 ambas de 2015, nuestra Corporación de cierre, ha considerado que con la muerte del afiliado, si este ha completado el requisito de semanas exigidas por el sistema de seguridad social para acceder a la pensión de vejez, como aquí sucede, se entiende habilitado el requisito de la edad, si para el momento de dicho acontecimiento no llegó a cumplirla, en aplicación del par. 1º del art. 12 de la Ley 797 de 2003, norma que en efecto es extensiva al causante, por haber fallecido con 59 años de edad; de modo que sin haber tramitado el afiliado en vida una indemnización sustitutiva, sus beneficiarios tienen derecho a la pensión de sobrevivientes en un **80%** del monto que le hubiere correspondido por pensión de vejez al causante.

Respecto a la cuantía de la prestación, se debe advertir que como a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al causante le hacían

falta más de 10 años para cumplir la edad de pensionarse, el IBL pensional se debe liquidar conforme al art. 21 ídem, en este caso con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años (3.600 días) o de los ingresos de toda la vida laboral si resulta superior, por haber cotizado más de 1250 semanas (1418.57), aplicando un monto del 90%, conforme el par. 2º del art. 20 del citado Acuerdo 049, sin que el valor de la mesada pueda ser inferior al smlmv (arts. 53 de la CP y 24 del Acuerdo 049, 34 y 35 de la Ley 100 de 1993).

Efectuadas las operaciones aritméticas del caso de acuerdo con la estricta información que obra en la última historia laboral unificada aportada por Colpensiones, y como dan cuenta las liquidaciones que se anexarán al acta de esta audiencia que contienen los cuadros del cálculo del IBL actualizado a la fecha de disfrute, con el porcentaje establecido en el par. 1º del art. 12 de la Ley 797 de 2003, la primera mesada pensional de sobrevivientes a 21 de octubre de 2010 corresponde a **\$1.277.111,48**, la cual deberá ser reajustada anualmente, según lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993, pagadera sobre 14 mesadas anuales, por no superar los 3 smlmv (Acto Legislativo 01 de 2005). Aquí se precisa, que no existe material probatorio que respalde el IBL descrito por Colpensiones desde la resolución GNR135060 de 2016 (\$1.828.593), motivo por el cual la Sala adoptó el señalado en la liquidación adjunta, con base en la información que reposa en la mencionada historia laboral.

Aclarado lo anterior, al haberse encontrado un monto superior a la primera mesada otorgada por Colpensiones (\$1.019.989) a la demandante, esta tiene derecho al pago de las correspondientes diferencias pensionales.

Sin embargo, por virtud de la prescripción propuesta por Colpensiones, la demandante tiene derecho únicamente a las diferencias exigibles con posterioridad al 22 de octubre de 2014, en la medida en que la reclamación que presentó en los mismos términos que la demanda, se elevó el mismo día y mes del año 2017 (f.º 12-40) y la demanda se presentó el 31 de mayo de 2018 (f.º 61); en consecuencia, se declara parcialmente probada la excepción de prescripción.

En estos términos se **revoca** la sentencia de primer grado, para en su lugar **condenar** a Colpensiones pagar a la demandante **\$20.993.589** por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 22 de octubre de 2014 hasta el 31 de mayo de 2020, sin perjuicio de las demás que se sigan causando, con indexación de cada una de las diferencias ya señaladas, desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de pago efectivo y la autorización para Colpensiones, de descontar lo atinente al sistema de salud, para que lo transfiera a la entidad administradora a la que la demandante se encuentre afiliada (inc. 2º del art. 143 de la Ley 100 de 1993, inc. 3 del art. 42 del Decreto 692 de 1994 y CSJ sentencia SL12753-2014).

Dado el resultado del proceso, se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno en relación con la pretensión subsidiaria. Sin costas en la alzada, ante su no causación, las de primera serán a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**



**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **condenar** a Colpensiones a reliquidar la pensión de sobrevivientes de Gloria Stella Cruz Ortiz, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Carlos Mario Acevedo Granada (QEPD), de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **condenar** a Colpensiones a pagar a la demandante **\$20.993.589** por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 22 de octubre de 2014 hasta el 31 de mayo de 2020, sin perjuicio de las demás que se sigan causando, con indexación de cada una de las diferencias ya señaladas, desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de pago efectivo y la autorización para Colpensiones, de descontar lo atinente al sistema de salud, para que lo transfiera a la entidad administradora a la que la demandante se encuentre afiliada, conforme a las consideraciones expuestas.

**TERCERO: Declarar probada parcialmente** la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales por sobrevivencia causadas entre el 21 de octubre de 2010 y el 21 de octubre de 2014.

**CUARTO: ABSOLVER** a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de Colpensiones.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
25-2018-341



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Salto Quiéda de Buena Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**

**Magistrado Ponente**

**Expediente n.º 11001 31 05 025 2018 00341 01**

**Demandante: GLORIA STELLA CRUZ ORTÍZ**

**Demandado: COLPENSIONES EICE**

| Año  | Reajuste | Mesada pensional pagada por Colpensiones | Mesada pensional real a favor de la demandante | SMLMV      | Diferencia en la mesada a cargo de Colpensiones |
|------|----------|--|--|------------|---|
| 2010 | 2,00%    | \$1.019.989                              | \$1.277.111                                    | \$ 515.000 | \$ 257.122                                      |
| 2011 | 3,17%    | \$1.052.323                              | \$1.317.596                                    | \$ 535.600 | \$ 265.273                                      |
| 2012 | 3,73%    | \$1.091.574                              | \$1.366.742                                    | \$ 566.700 | \$ 275.168                                      |
| 2013 | 2,44%    | \$1.118.209                              | \$1.400.091                                    | \$ 589.500 | \$ 281.882                                      |
| 2014 | 1,94%    | \$1.139.902                              | \$1.427.253                                    | \$ 616.000 | \$ 287.351                                      |
| 2015 | 3,66%    | \$1.181.622                              | \$1.479.490                                    | \$ 644.350 | \$ 297.868                                      |
| 2016 | 6,77%    | \$1.261.618                              | \$1.579.651                                    | \$ 689.455 | \$ 318.033                                      |
| 2017 | 5,75%    | \$1.334.161                              | \$1.670.481                                    | \$ 737.717 | \$ 336.320                                      |
| 2018 | 4,09%    | \$1.388.728                              | \$1.738.804                                    | \$ 781.242 | \$ 350.076                                      |
| 2019 | 3,18%    | \$1.432.890                              | \$1.794.098                                    | \$ 828.116 | \$ 361.208                                      |
| 2020 | 3,80%    | \$1.487.340                              | \$1.862.274                                    | \$ 877.803 | \$ 374.934                                      |

Prescripción de mesadas causadas entre el 21 de octubre de 2010 y el 21 de octubre de 2014

| <b>Retroactivo en 14 mesadas anuales</b>                          |                  |               |                      |
|---|------------------|---------------|----------------------|
| <b>desde el 22 de octubre de 2014 hasta el 31 de mayo de 2020</b> |                  |               |                      |
| Año   | Monto diferencia | Nº mesadas    | Subtotal             |
| 2014  | \$ 287.351       | 3,30          | \$ 948.257           |
| 2015  | \$ 297.868       | 14            | \$ 4.170.146         |
| 2016  | \$ 318.033       | 14            | \$ 4.452.465         |
| 2017  | \$ 336.320       | 14            | \$ 4.708.482         |
| 2018  | \$ 350.076       | 14            | \$ 4.901.059         |
| 2019  | \$ 361.208       | 14            | \$ 5.056.913         |
| 2020  | \$ 374.934       | 5,00          | \$ 1.874.670         |
|   |                  | <b>Total:</b> | <b>\$ 20.993.589</b> |

Con indexación de cada una de las diferencias ya señaladas, desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de pago efectivo; y el descuento por aportes a salud





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **MARTHA BARRERO RUSSI** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

**EXP.** 11001-31-05-023-2018-00673-00

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **A.F.P. PORVENIR** contra la sentencia proferida el 18 de julio de 2019, por el Juzgado veintitrés (23º) Laboral del Circuito de Bogotá., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP

**PORVENIR S.A.**, y en consecuencia declarar que se encuentra sin solución de continuidad y válidamente afiliada al Régimen de Prima Media administrado por **COLPENSIONES**; que se condene a **PORVENIR S.A.**, a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante suscrita en mayo de 2001, estuvo viciada de nulidad por error de hecho que vició su consentimiento; que se condene a **COLPENSIONES** a activar su afiliación; que se condene a los demandados al pago de las costas y que se tenga en cuenta el principio de la ultra y extra petita.

Para el efecto, manifestó que nació el 24 de junio de 1963; que se afilió al extinto ISS en noviembre de 1984; que en mayo de 2001, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo AFP PORVENIR S.A.; que no se le brindó información clara, precisa y completa sobre las consecuencias del traslado, puesto que los asesores le afirmaron que eran mayores los beneficios del RAIS, debido a que se podía pensionar antes que en el RPM; y que no se le realizó una proyección del monto de la pensión que iba a recibir en este régimen.

Señaló que la falta de idoneidad de los asesores comerciales de **PORVENIR S.A.**, al momento de suministrar la información correcta y clara, configuró un error de hecho que vició su consentimiento, del cual se percató cuando solicitó una proyección de su futura pensión, en donde el valor de su mesada pensional correspondía a (781.242 COP). Manifestó, que de haber recibido toda la información y si realizado un estudio de fondo de su situación pensional, no se habría trasladado de régimen; que **PORVENIR S.A.** omitió cumplir con el deber de incluirla en el “Plan de Asesoría 11 años”, implementado por la Superintendencia Financiera mediante el Decreto 25555 de 2010 y la Circular Externa 016 de abril 28 de 2016, para informar a los afiliados del derecho de traslado de régimen: que radicó un derecho

**COLPENSIONES** para solicitar su inclusión como afiliada sin solución de continuidad a la entidad, y a **AFP PORVENIR** para solicitar que se declarara que el fondo pensional había incumplido con el deber de información y asesoría. Con dichas solicitudes, agotó la reclamación administrativa prevista en el artículo 6.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 25 de enero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

**La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,** se opuso a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.**, es válida como se demuestra en los soportes de dichas afiliaciones, y en las cotizaciones efectuadas por la demandante a este fondo de pensiones. (f.º 52-53). Propuso como excepciones de fondo la de validez de la afiliación al RAIS, la de cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, de inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica. (f.º 57-60).

**La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que la información suministrada a la demandante fue acorde con las disposiciones legales, y que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, no se materializó en contra de una prohibición legal, puesto que se dio cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, falta de cuasa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada y genérica. (f.º 93).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintitrés (23º) Laboral del Circuito de Bogotá., en sentencia de 18 de julio de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante; condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver o trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora; declaró que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al RPM; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, a quienes le impuso el pago de las costas; concedió recurso de apelación a PORVENIR S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

Consideró, que conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria. Indicó, que es fundamental en la libertad de escogencia, el consentimiento libre e informado del afiliado en el momento de tomar su decisión. Aclaró, que de no ser así se debe declarar la ineficacia de la escogencia.

Se refirió a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL39980 de 2008, SL31314 de 2008, SL33083 de 2011, SL12136 de 2014, SL447 de 2017, SL de 4964 2018, SL4989 de 2018, en donde se consignan los deberes y obligaciones de las administradoras de pensiones para el traslado de regímenes, como lo es que la información comprenda todas las etapas del proceso desde el momento de la afiliación hasta las condiciones para el disfrute pensional, y el deber de suministrar



una información completa y comprensible por parte de un asesor experto al afiliado, por tratarse de un asunto de alta complejidad.

Asimismo, aclaró que la carga de la prueba para demostrar que se brindó la información necesaria para el traslado de régimen pensional, se invierte a favor del afiliado, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si está próximo a pensionarse, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia.

Analizó las siguientes pruebas documentales allegadas al proceso: formulario de vinculación firmado por la demandante (f.º 95), relación de aportes (f.º 98 - 102) y resumen de semanas cotizadas expedido por **COLPENSIONES** (f.º 70 - 76). El juez, concluyó que no se le brindó información necesaria a la actora sobre las implicaciones que tendría en cambio de régimen, y sobre las consecuencias jurídicas. Asimismo, manifestó que **PORVENIR S.A.** no acreditó el cumplimiento del deber de información por lo cual, se debía declarar la ineficacia del traslado.

Manifestó que **PORVENIR S.A.**, allegó el formulario de vinculación, por ser la única prueba documental idónea para demostrar el cumplimiento del deber de información, ya que al año 2001, no existía exigencia legal adicional más allá de que se dejará por escrito la asesoría brindada al afiliado, y que el formulario de vinculación cumpliera con los requisitos establecidos por la Superintendencia Financiera, como entidad que vigila las administradoras de pensiones.

Finalmente, expresó que fue desproporcionada la condena impuesta a **PORVENIR S.A.**, puesto que con la declaración de ineficacia de traslado se generaría el enriquecimiento sin justa causa

de la parte demandante.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La demandada PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó que el artículo 230 de la Constitución Política prevé que los jueces de la República tengan como fundamento principal las leyes, y como criterio auxiliar la jurisprudencia. No obstante, el juez tomó como criterio principal para emitir el fallo varios de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia respecto de la nulidad e ineficacia del traslado.

Así las cosas, el apoderado de PORVENIR S.A. consideró que el juez no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual prevé la prohibición legal de traslado de régimen, cuando el afiliado se encuentre a menos de 10 años de cumplir la edad pensional. Aclaró que la norma tiene como evitar la descapitalización al régimen pensional en el RPM, y el mantenimiento del principio de sostenibilidad financiera en el RAIS. Por lo anterior, la norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

Igualmente, señaló que la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia a la que se refirió el juez en su decisión, es frente a personas que se encuentran en régimen de transición o tienen una expectativa legítima. Lo anterior, no es el caso de la demandante, puesto que en el momento de traslado tenía 37 años de edad y 530 semanas cotizadas por lo que no es beneficiaria del régimen de transición.

#### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 24 de junio de 1963 (f.º 22); **ii)** que cotizó al RPM, un total de 560 semanas (f.º 26); **iii)** y que el 15 de marzo de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. conforme a la solicitud de afiliación y traslado allegada al proceso (f.º 95).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que la demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º 95). En el recuadro denominado 'voluntad de afiliado', se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea, y sin presiones la escogencia al Régimen de Ahorro Individual habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales, y las implicaciones de mi decisión. Así mismo, he seleccionado a **PORVENIR S.A.** para que sea la única que administre mis aportes pensionales, también declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Se infiere que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PORVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad,

por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria. Asimismo, admitió siempre haber estado conforme con su fondo de pensiones, y que no hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión toda vez que consideró que la información suministrada por la responsable comercial era suficiente y le generó credibilidad. De manera que la actora, consideró que la PORVENIR S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión. Así, hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error

en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido el 15 de marzo de 2001, el

mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado. Así, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Protección S.A.-Santander.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

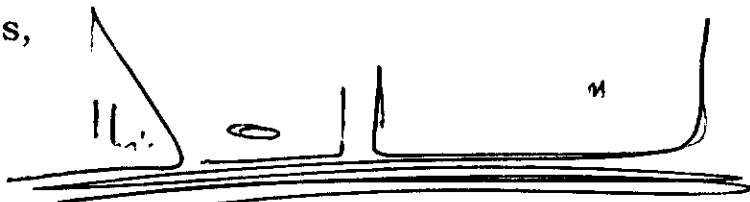
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 18 de julio de 2019, por el Juzgado veintitrés (23º) Laboral del Circuito de Bogotá.



**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Ángela Lucía Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

*Hernán Mauricio Oliveros Motta*  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
SALVO VOTO



Rad. 110013105 023 2018 00673 01

### SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Martha Barrero Russi  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 110013105 023 2018 00673 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características,

condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

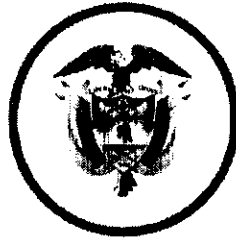
Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
 Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **MARÍA LUISA ÁLVAREZ REDONDO** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A..**

**EXP. 11001 31 05 026 2018 00268 01**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado realizado a Colfondos, por no haber proporcionado una información completa y comprensible a cerca del mismo, omitiendo decirle los riesgos que debía asumir y las desventajas, incumpliendo

con el deber de buen consejo, lo que sucedió igualmente con Porvenir y Protección; en consecuencia, se declare que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida y se condene a Protección a devolver los aportes a Colpensiones, quien debe aceptarlos y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 4 de noviembre de 1987 (f.º 4, 5).

Sustentó sus pretensiones, en que realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de noviembre de 1987, un total de 367 semanas; el 10 de febrero de 1995 se trasladó a Colfondos, sin haber obtenido información adecuada y completa acerca del cambio de régimen pensional, ni que recibiría una pensión menor que en Colpensiones, ni le elaboró una proyección pensional, pues solo le indicó que se podía pensionar a cualquier edad y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar; cumplió 47 años de edad el 19 de noviembre de 2013, mientras estaba afiliada a Porvenir, y dicho fondo nunca le informó de la posibilidad de regresarse al régimen de primera media con prestación definida; actualmente se encuentra vinculada a Protección, en donde registra más de 1527.58; reclamó administrativamente el 22 de enero de 2018, pero las peticiones fueron negadas (f.º 6-8).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de julio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 121).

**Colpensiones**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe (f.º 125-129).



**Colfondos SA**, formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, y saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación (f.º 149-164).

**Porvenir S.A.**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haberse tramitado formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo (f.º 175-182).

**Protección SA**, se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (f.º 197-212).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 123, 124).

**III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de agosto de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que al aplicar la jurisprudencia al caso en concreto, se verificó que no se acreditó que la demandante hubiera sufrido de engaño cuando dio su consentimiento en forma libre, espontánea y sin presiones para trasladarse de régimen pensional, aunado a que para dicha época no existía el deber legal de

información, sin embargo, se le brindó la necesaria y oportuna (f.º 263, 264).

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante**, apeló con el argumento de que las demandadas no acreditaron con el deber legal de información correcta con ventajas y desventajas, que le permitiera evidenciar que las consecuencias que le causaba el traslado de régimen pensional, tampoco le dieron una proyección, ni que podría regresarse al régimen de primera media con prestación definida antes de que cumpliera 47 años de edad, solo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, lo que considera un perjuicio económico bastante considerable.

#### V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de noviembre de 1966 (f.º 21); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de noviembre de 1987 hasta el 31 de marzo de 1995, 367.06 semanas (f.º 117, 118); **iii)** que el 10 de febrero de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de marzo de 1995 (f.º 95, 165, 191, 225), y que luego de varias transferencias entre administradoras del RAIS, actualmente se encuentra vinculada a Protección S. A., con un total

de 1527.58 semanas cotizadas, según lo informado por dicha entidad en la historia laboral que reposa de f.º 99 a 107.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la solicitud de afiliación n.º 585452 diligenciado el 10 de febrero de 1995, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: «Hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado **en forma libre, espontánea y sin presiones.** Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S. A. Colfondos, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.» (f.º 98, 165).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Protección SA - Santander, y consciente de que en el año 1998 no tenía los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de prima media con prestación definida pues nadie la obligó a hacerlo, lo que incluso también ocurrió con los formularios diligenciados ante las demás administradoras, circunstancia indicativa del conocimiento de la demandante del RAIS, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de

1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir el formulario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas en el hecho n.º 10 a 14 (f.º 6, 7) y al absolver el interrogatorio de parte (f.º 254, 255), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió ser Contadora y que recibió una asesoría personalizada en su oficina por parte de Colfondos, en la que le indicaron los beneficios de pasarse al fondo de pensiones, dentro de los cuales se encontraba obtener una pensión anticipada con un mayor valor y que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado; que recibió extractos para verificar el monto de sus aportes; ; que el motivo por el cual se trasladó a Porvenir, es porque le ofrecieron mayores rendimientos que todos los fondos del mercado, por ende se sintió confiada en que con su dinero ganaría intereses; que nunca se acercó a recibir información de su situación pensional; que sabe que los aportes voluntarios sirven para disminuir

la carga de impuestos en retención en la fuente, por lo que los hizo en Porvenir, tal y como se verifica con el formulario único de vinculación que suscribió en agosto de 2005 para tal efecto, obrante a f.º 193. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Colfondos, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme los formularios que suscribió en febrero de 1995, marzo de 1999, noviembre de 2004, abril de 2005, septiembre de 2003 y de 2014, abril de 2015 y junio de 2016 (f.º 98, 165, 191, 192, 213, 214, 215, 225), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Colfondos, Porvenir, Colmena, Santander y Protección, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989

y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 8-17), no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales (367.06 – f.º 117, 118), y la edad cumplida a la fecha de traslado (28 años – f.º 21), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 29 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 70%

de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir, informarle a la demandante, previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 8 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 27 años de edad y 328.25 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994, y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del



sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 19 de noviembre de 2013 y no lo hizo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Colfondos, Protección, Santander y Porvenir S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 166, 195, 196).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 8 solicitudes de vinculación efectuadas a Colfondos, Porvenir, Colmena, Santander y Protección, ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que la promotora del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del RAIS, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada

caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente

cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en febrero de 1995, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Colfondos.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

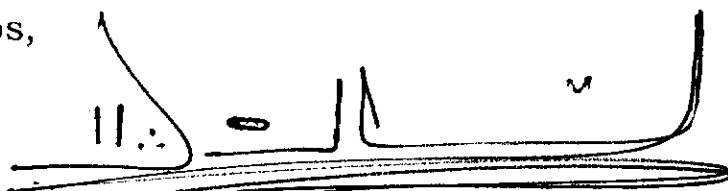
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

SALVO VOTO

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Demandante:** María Luisa Álvarez Redondo  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 110013105 026 2018 00268 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “*expectativas legítimas*” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

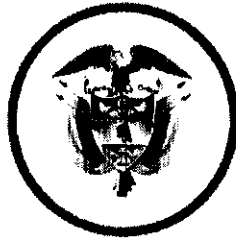
En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **JORGE HERNÁN POSADA BOTERO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

**EXP. 11001 31 05 026 2018 00517 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia dictada el 21 de agosto de 2019, dictada por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretende el demandante, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el incremento del 14% por persona a cargo, a partir del 27 de noviembre de 2008, junto con el retroactivo y la indexación de las sumas adeudadas.

Sustentó sus pretensiones en que mediante Resolución n.º 058162 del 27 de noviembre de 2008, le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Sostuvo, que contrajo matrimonio religioso con Aida Cecilia Rico Gómez el 10 de febrero de 1974, quien depende económicamente de él, ya que no percibe ingresos, no trabaja, no es beneficiaria de pensión, subsidio o auxilio y siempre ha sido ama de casa. Manifestó, que se agotó la vía administrativa mediante escrito de fecha 10 de abril de 2017, y que en radicado n.º BZ2017\_3682281-0944172, la encartada no accedió a las pretensiones (f.º 2).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 25 de octubre de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 17), quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal, con sustento en que el demandante no demostró los requisitos de dependencia económica. Manifestó además, que el incremento adicional del 14% por persona a cargo, perdió vigencia desapareciendo de la vida jurídica, pues el nuevo régimen pensional de que trata la Ley 100 de 1993, no contempla dichas prestaciones desapareció de la vida jurídica a partir del 1.º de abril de 1994. Como excepciones de mérito propuso las que denominó “*inexistencia del derecho y de la obligación*”, “*prescripción y caducidad*”, “*no configuración del derecho al pago de indexación*”, “*cobro de lo no debido*” y “*buena fe*”.

## III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en

sentencia del 21 de agosto de 2019, condenó a la demandada a pagar a favor del demandante el incremento pensional del 14 % por cónyuge a cargo indexado, sobre el salario mínimo pagado para cada período y hasta cuando existan las causas que dieron lugar a su origen, con el retroactivo que corresponde, a julio de 2019, a la suma de \$7.434.333,00. A su vez, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto a los incrementos pensionales causados con anterioridad al 10 de abril de 1994.

Para arribar a las anteriores conclusiones, el *a quo* señaló que se encuentra vigente el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, para aquellas personas a las cuales les fue concedida la pensión de vejez en virtud de dicho acuerdo, ya sea por derecho propio o por régimen de transición.

De igual modo, consideró que el demandante logró demostrar con las pruebas arrojadas al plenario, la calidad de cónyuge de Aida Cecilia Rico Gómez, así como su dependencia económica, y manifestó, que en lo tocante a la aplicación de la prescripción, se apartaba del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, para en su lugar, darle aplicación al principio protector del derecho del trabajo como es la regla *indubio pro operario*, acogiendo en consecuencia la tesis, según la cual, dichas prestaciones no se ven afectadas por dicho fenómeno jurídico.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial de la parte demandada en el recurso de apelación solicitó que se revoque, con sustento en que debe aplicarse la sentencia CC SU140-19, como quiera que la misma dejó sin valor y efecto la Sentencia CC SU310-2017, y por ende se debe aplicar el fenómeno prescriptivo que

tiene en este momento el incremento pensional del 14%.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.º 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en tal caso, si el actor reúne los presupuestos de la norma para disponer su pago y si operó o no el fenómeno jurídico de la prescripción.

En esta instancia, no es objeto de controversia que Colpensiones, mediante Resolución n.º. 058162 del 27 de noviembre de 2008, le reconoció al actor pensión de vejez, por acreditar los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición (f.º 7). Lo que en principio le da derecho a que se estudie la viabilidad de reconocerle el derecho al incremento del 14%, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21 del referido acuerdo, esto es: que el cónyuge o compañera permanente conviva y dependa económicamente del pensionado y que no reciba pensión alguna.

Para empezar, es dable indicar que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con CSJ SL del 12 dic. 2007 rad. 27923, señaló que los incrementos por personas a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, mantuvieron su vigencia para quienes se les aplica el mencionado acuerdo por derecho propio o transición, criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Así las cosas, como quiera que los incrementos pensionales no se encuentran derogados y dado que, al demandante, se le aplicó el mencionado acuerdo, por ser beneficiario del régimen de transición, pasa a estudiarse, el cumplimiento de los requisitos legales a efectos de determinar si tiene o no derecho a la prestación invocada.

El señor Jorge Hernán Posada Botero, para probar los presupuestos legales, aportó como pruebas el registro civil de matrimonio que da cuenta de que el 10 de febrero de 1974, aquel contrajo matrimonio con Aida Cecilia Rico Gómez, además se recibieron los testimonios de Deiby Giovanni Ramos Bohórquez y Rafael Roberto Monroy, quienes manifestaron conocer al demandante desde hace varios años, así como también, que su esposa es Aida Cecilia Rico Gómez, y que ésta depende económicamente de él, pues no tiene ningún tipo de ingreso, ya que siempre se ha dedicado a las labores del hogar.

De manera que, del análisis en conjunto de las pruebas, la Sala concluye que el demandante demostró la dependencia económica de su cónyuge, lo que le da derecho al incremento que solicita del 14%.

El referido derecho se hace exigible desde el momento en que se configura el beneficio pensional, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia CSJ SL del 12 dic. 2007 rad. 27923, en este caso a partir del 1.º de diciembre de 2008.

En tal sentido, se debe pronunciar la Sala frente a la excepción de prescripción propuesta en su apelación, por la entidad demandada y atendiendo lo que prevén las normas que regulan este fenómeno (artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social).

Para que opere la interrupción de la prescripción, se requiere que el trabajador o en este caso el pensionado, formule por escrito su reclamo, que éste se refiera al derecho debidamente determinado y que el mismo sea recibido efectivamente por la entidad, actividad que debe desplegar el demandante dentro del término trienal legalmente previsto para ello.

En este caso, revisada la documental que integra el expediente, se aprecia que la reclamación administrativa, data del 10 de abril de 2017, sin embargo, la misma se debía presentar a más tardar el 16 de enero de 2012, toda vez que el reconocimiento de la pensión, como ya se indicó fue realizado mediante la Resolución n.º. 058162 del 27 de noviembre de 2008, notificada el 16 de enero de 2009; en tal sentido, resulta acertado dar aplicación al fenómeno de prescripción, conforme lo establece el régimen general para los derechos sociales en las condiciones establecidas en las normas ya referidas, es decir en el término de tres años.

De lo anteriormente expuesto, se establece que la parte demandante no cumplió con las exigencias contenidas en las normas llamadas a regular el asunto, en razón al tiempo que dejó transcurrir para presentar la reclamación administrativa, al no interrumpir el término prescriptivo; por ello el legislador previó estas situaciones, para lo cual dispuso a través de las normas reseñadas en esta sentencia, que no ejercer a tiempo un derecho conduce a la pérdida del mismo por el fenómeno de la prescripción; sin dejar de tener en cuenta la Sala el carácter imprescriptible de la pensión, pero si lo prescriptible de los incrementos reclamados, pues el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, pone límites al derecho de percibirlos; por una parte en el sentido de que el derecho surge ante el cumplimiento de unos requisitos, y en tal virtud el derecho subsiste mientras perduren

las causas que le dieron origen, pero siempre ejerciendo el derecho en tiempo, esto es sin que haya operado la prescripción.

Ahora bien, en sentencia SU-310 de 2017, la Corte Constitucional reiteró la postura mencionada en la sentencia T-217 de 2013, en cuanto a que, en el derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales, en razón de la prescripción, sólo se pierden las mesadas no reclamadas, como se sigue de la interpretación más favorable al trabajador (in dubio pro operario); no obstante esa Corporación mediante comunicado n.º 27 del 10 de mayo de 2018, anunció la modificación que se adoptara frente a esa postura.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha mantenido su posición frente al tema de la prescripción en materia de incrementos pensionales por personas a cargo, la cual a título de ejemplo se establece en sentencia con Radicación, CSJ SL9638-2014, entre otras, en la que señaló:

*“Bajo este contexto, el objeto de la controversia se centra en determinar si el derecho al incremento pensional por personas a cargo prescribe, tal como lo dedujo el Tribunal, o si por el contrario, se configuró el equivocado ejercicio hermenéutico que endilga el censor respecto de las normas denunciadas, por cuanto, en su decir, se trata de una obligación no susceptible de extinguirse por medio de este fenómeno jurídico, al ser los incrementos accesorios a lo principal, que es la pensión, por lo que son imprescriptibles.*

*Al confrontar los fundamentos que le sirven de soporte a la decisión acusada, observa la Corte que el sentenciador de alzada no incurrió en la interpretación errónea de las normas relacionadas en la proposición jurídica, al declarar la prescripción de los derechos reclamados por concepto del incremento pensional por personas a cargo, dado que la jurisprudencia de esta Sala, así lo ha adoctrinado.*

*En efecto, esta Corporación señaló en sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 42300, que la calidad del pensionado es permanente y vitalicia y consecuentemente la acción para impetrar su reconocimiento es imprescriptible. Pero igualmente ha precisado su doctrina de que una es esa condición del individuo, cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y, otra diferente los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, lo que en criterio de la Corte sí prescriben en los términos de los Arts. 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.”*

Entonces, esta Sala en forma mayoritaria, evaluadas las posturas de las Altas Cortes, considera apropiado acogerse a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en manera objetiva y por razones que comparte, ha establecido que el incremento está sujeto al fenómeno de la prescripción a partir del reconocimiento pensional, en consideración a que se trata de un derecho autónomo, donde se deben acreditar requisitos ajenos a la pensión para acceder a él y únicamente subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, así la pensión se siga pagando, tal y como lo establece el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990.

Como en este caso, de acuerdo con lo ya indicado en esta sentencia, el derecho del demandante a percibir el incremento del 14% por cónyuge a cargo se encuentra prescrito, hay lugar a revocar la sentencia recurrida por lo considerado.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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



**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y en su lugar, **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por Jorge Hernán Posada Botero, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, por lo motivado.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**

**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**



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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: FERNANDO ALBERTO CABRERA ROJAS

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2018 00517 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER.

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

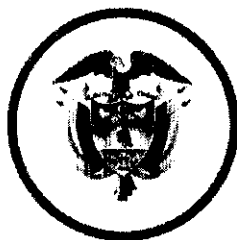
De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.

  
**ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **CARLOS MARIO ESPINEL BARÓN** contra **JUAN CARLOS BONILLA LEYVA**.

**EXP. 11001 31 05 032 2019 00016 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación formulado por el demandante contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretende el demandante, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, desde el 30 de noviembre de 2016 y el 5 de noviembre de 2018, en consecuencia, se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías,

vacaciones, primas de servicios, vacaciones y aportes a pensión a la Administradora de Pensiones y Cesantías Colfondos, junto con las sanciones por no consignación de las cesantías y no pago oportuno de los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria y la indexación de las sumas reclamadas.

Sustentó sus pretensiones en que inició a laborar a partir del 30 de noviembre de 2016, en el establecimiento de comercio Centro Cultural Urbaniko (Urbaniko Peluquería), devengando un salario de \$1.500.000,00, en el horario comprendido de 09:00 a.m. a 09:00 p.m. Dijo, que el contrato suscrito con el demandado se denominó “*contrato de colaboración entre comerciantes a riesgo compartido*”. Mencionó, que estuvo bajo subordinación del administrador del establecimiento. Sostuvo, que el 5 de noviembre de 2018, el demandado dio por terminado unilateralmente el vínculo y no pagó las prestaciones sociales, así como tampoco los aportes a seguridad social (f.º 3 a 13).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 28 de enero de 2019, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 32), quien dio contestación con oposición a las pretensiones, argumentando que con el demandante se suscribió un contrato de colaboración entre comerciantes a riesgo compartido el 1.º de junio de 2018, cuyo objeto era “*emprender de manera conjunta una actividad comercial a favor de terceros, orientada a la prestación de servicios de peluquería, belleza y embellecimiento personal*”, y que como comerciante asociado se liquidaba la ganancia de acuerdo con lo pactado. En su defensa formuló la excepción de fondo que denominó “*Inexistencia de la relación laboral*” (f.º 34 a 50).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de septiembre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la relación laboral y absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Al pasar al análisis de las pruebas recaudadas, el *a quo* coligió que a pesar de que la certificación laboral incorporada no fue tachada de falsa, los demás elementos de convicción desvirtuaban lo que allí se hizo constar, pues si bien en la misma se indicó que el vínculo entre las partes inició en el año 2016, nada ratificaba esa situación, pues el demandado negó la existencia de la relación y a los testigos no les consta nada al respecto. A su vez, en cuanto el horario certificado señaló, que a pesar de que en la referida documental se indicó que estaba comprendido de 09:00 a.m. y de 09:00 p.m., el deponente William Álvarez, sostuvo que él veía que la jornada comprendía de 09:00 a.m. a 07:00 o 08:00 p.m., pero que no sabía si había un pacto para cumplirlo. Agregó, que la testigo Angie Paola Alfonso Montoya, manifestó que ella no le consta que al actor le hubieran hecho llamados de atención, y dijo que la hora de almuerzo era pactada con el demandado y no se trataba de una imposición; y que por su parte, el actor refirió que trabajaba de lunes a domingo con un día de descanso y la referida declarante señaló que laboraban de lunes a domingo, con dos días de descanso. En lo tocante al salario del que se dio constancia por valor de \$1.500.000, aludió que del dicho del demandante se extrae que su monto era variable, de ahí que tal situación tampoco guardaba correspondencia.

Sobre la subordinación, reiteró que no se logró corroborar el dicho del actor relativo a que recibía llamados de atención, pues lo que indicó la testigo sobre el particular es que los mismos provenían

por quejas de los clientes, de ahí que resultaba razonable, atendiendo a la naturaleza del contrato, que se tomaran medidas, debido a que ello afectaba tanto al dueño del establecimiento como al peluquero. Igualmente, señaló que William Fernando Álvarez Lamprea mencionó, que él hablaba directamente con el actor para el agendamiento de corte de cabello, lo que denotaba aun más la autonomía de Carlos Mario; y que de acuerdo con lo afirmado por Angie Paola Alfonso Montoya, la hora de almuerzo era convenida, no había una imposición de uniforme, pues solo se acordó que el mismo debía tener unos parámetros y diseño por cuestiones de uniformidad, presentación y por exigencia del Ministerio de Salud, y que el promotor del proceso era el que los compraba.

Por último, respecto al salario dijo que en realidad lo que existía era una repartición, pues del monto que cancelaban los clientes, por el servicio recibido un 50% era para el propietario del establecimiento de comercio y el otro 50% para quien ejecutaba la labor, y además porque el monto dependía del número de servicios y cliente que se atendieran

Por lo anterior, concluyó que en el presente caso no se reúnen los elementos esenciales para que se declare la existencia de un contrato de trabajo conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante la apeló, con sustento en que se equivocó el *a quo* al señalar que no existían elementos para acceder a las pretensiones, cuando se aportó certificación en la que se indica que el actor cumplió un horario de trabajo, que el extremo inicial fue el 30 de noviembre



de 2016 y el final el 5 de noviembre de 2018, y dicho documento no fue tachado de falso.

Agregó, que además se acreditó la prestación personal, pues el testigo William Álvarez señaló que siempre lo veía porque vivía cerca y pasaba todos los días, a su vez, Angie Alfonso dijo que ella y el promotor del proceso tenían una hora de almuerzo, el mismo horario y empleador, ya que eran compañeros de trabajo, y puso de presente, que Juan Carlos Bonilla le hizo llamados de atención porque los clientes les presentaban quejas y esa fue la causal de despido.

Esgrimió, que tampoco podía hablarse de la existencia de un contrato entre comerciantes, ya que fue la pasiva quien tomó la decisión de citar a Angie y a Carlos, para decirles que no volvieran a trabajar; y que el hecho de que Julián Álvarez mencionara, que él hablaba directamente con el peluquero, no implica que dicha actividad fuera autónoma, pues además puso de presente que siempre se debía llamar a la peluquería, hablar con la asistente y solicitar un turno, y tales turnos eran asignados independientemente.

Por último, adujo que el *a quo* no valoró lo atinente a la solicitud de permisos, el hecho de tener que justificar las ausencias y tampoco que los ingresos oscilaban entre \$1.200.000 y \$1.500.000, y sostuvo, que aunque la remuneración correspondiera a un porcentaje, ello no desvirtúa el contrato de trabajo, porque no se estaban compartiendo ganancias y pérdidas entre las partes.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si las

partes estuvieron atadas por un verdadero contrato de trabajo, en caso afirmativo se analizará la procedencia de las condenas reclamadas.

Para determinar si entre las partes existió un vínculo de naturaleza laboral, debe verificarse la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos y el salario como retribución del servicio.

Lo anterior, sin perder de vista que el artículo 24 *ibidem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, estableció una presunción legal y por tanto desvirtuable, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole entonces a quien alega la existencia de éste la acreditación de la prestación del servicio personal y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza distinta.

Para resolver la controversia que se pone de presente, advierte la Sala que las documentales incorporadas al plenario, permiten entrever que las partes en contienda suscribieron “*Contrato de colaboración entre comerciantes a riesgo compartido*”, el 1.º de junio de 2018, en el que se estableció como objeto que las partes se obligaban mutuamente a emprender de manera conjunta a partir de la fecha y por el término del contrato una actividad comercial a favor de terceros (clientes y/o consumidores finales), orientada a la

prestación de servicios de peluquería, belleza y embellecimiento personal, para lo cual, cada una de ellas se obligaba a realizar el aporte que se definía en el contrato, con el ánimo de promover y ejecutar la actividad comercial para procurar en todo tiempo la generación de utilidades compartidas, siendo en todo caso a riesgo la asunción de pérdidas y ganancias.

Igualmente dejaron escrito, que el aquí demandado aportaría, entre otras cosas, el espacio físico ubicado dentro de un inmueble y el mobiliario, si clientela cautiva y nueva, el servicio e insumos de aseo, y los servicios de administración del establecimiento de comercio, que comprendían la contratación laboral a su costa y riesgo del personal administrativo (director de salón y cajeros); y por su parte, el actor daría su conocimiento técnico y profesional en el desarrollo de la actividad comercial de estilista; parte de su clientela nueva y cautiva; sus herramientas, entre ellas, cepillos, secadores profesionales, etc.; la prestación personal directa al cliente del servicio ofrecido; y asumiría directamente los gastos de desplazamiento, uniformes, la adquisición de herramientas, aportes al sistema general de seguridad social y el costo de capacitación (f.º 53 a 66).

A su vez, se verifica en el cuaderno certificación datada del 20 de noviembre de 2018, en la que Juan Carlos Bonilla, indicando su calidad de jefe inmediato, hizo constar que Carlos Mario Espinel Barón, laboró desde el 30 de noviembre de 2016 hasta el 5 de noviembre de 2018, con un horario de 9:00 a.m. y 09:00 p.m., desempeñándose en el cargo de estilista y devengando un salario básico de \$1.500.000 mensuales, documental que sea el caso decir, no fue desconocida ni tachada de falsa.

Y se tiene, que se allegó una certificación de afiliación a riesgos laborales en calidad de trabajador independiente del demandante (f.º 68), la cual estuvo vigente desde el 30 de abril de 2018 y un formulario de afiliación a Compensar EPS, en el que figura como empleadora una persona distinta al encartado (f.º 69)

En lo que respecta a las pruebas testimoniales, es menester señalar que cobra especial relevancia, la versión rendida por Angie Paola Alfonso Montoya, quien expresó que conoció al demandante como estilista de la peluquería de propiedad del demandado, debido a que fueron compañeros de trabajo durante un tiempo en el año 2018. Así mismo, expresó que debían cumplir un horario comprendido de 09:00 a.m. a 09:00 p.m., con hora y media de almuerzo, de lunes a domingo, con dos descansos entre semana. Adicionalmente, dijo que por la labor realizada se les pagaba el 50% de lo trabajado, y que si llegaban tarde, por lo general se les limitaba el vale, que era un adelantó de lo que habían hecho, para cubrir los gastos diarios, como el almuerzo y los buses, sin embargo, en el caso del actor no se aplicaron sanciones debido a que era cumplido con su horario.

De otro lado, puso de presente que para ausentarse debían pedir permiso a Juan Carlos Bonilla, informar con anticipación si algo pasaba y llevar una excusa médica para no ir, y que cuando el demandado no podía atender la llamada, debían comunicarle esas situaciones a la auxiliar de la peluquería.

Mencionó que también le constaba que en alguna oportunidad le hicieron un llamado de atención al demandante, con ocasión de una queja presentada por un cliente por un corte de cabello, y que en algunas oportunidades la auxiliar de la peluquería los requirió “(...) *por la recocha (...)*”, debido a que ello se consideraba una falta de

respeto con el cliente. Así mismo, narró que el dinero de los clientes se recibía en la caja, y que debían afiliarse a seguridad social y utilizar uniforme, de acuerdo con las directrices de autoridades como el Ministerio de Salud y la Secretaría de Salud; además, que dicho uniforme era comprado por ellos y que de mutuo acuerdo se estableció que debía haber cierta semejanza en el diseño.

También dijo, que los horarios de almuerzo se establecían de mutuo acuerdo con la pasiva, que la terminación del contrato del actor se debió a una queja de un cliente y que el demandado no le decía al actor como hacer su trabajo.

Por último, en lo que respecta a los interrogatorios de parte, se advierte que tanto el demandante y el demandado, reafirmaron lo relativo a que el pago acordado consistía en el 50% de lo trabajado, por lo que dicho monto era variable y que además el actor prestaba sus servicios con sus propias herramientas, como el secador, las tijeras, etc.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester señalar que la lectura conjunta de las pruebas previamente relacionadas, lleva a esta Magistratura a arribar a conclusiones muy distintas a las que llegó el *a quo*, en lo que toca a la existencia de la relación laboral.

Pues en primera medida, se debe recordar que sobre el valor probatorio de las constancias expedidas por el empleador, la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia CSJ SL 38666, 30 jun. 2013, reiterada en la CSJ SL6621-2017, dejó sentado que *“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es*

*usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral”.*

Y en tal sentido, coincide la Sala con el recurrente en cuanto a que la constancia laboral allegada no fue desconocida, ni tachada de falsa por el encartado, y aunado a ello, no obra ningún elemento probatorio de tal contundencia que permita desvirtuar las declaraciones allí contenidas. Pues se estima que no es acertado decir, por ejemplo, que al no existir otro medio de convicción que ratificara el extremo inicial daba lugar a inferir su falta la veracidad, y que la afirmación que hizo el actor en el interrogatorio de parte, relativa a que su salario era variable, y que este podía ser de \$1.200.000,00, de \$1.500.000,00, etc., desacreditaba la información adicional que fue expresada en el documento, como los extremos, la labor ejecutada, el cumplimiento de un horario y la admisión de la calidad de jefe directo que hizo el convocado a juicio, básicamente porque en la misma se había indicado que Carlos Mario Espinel, percibía un salario básico de \$1.500.000, ya que se considera que esa situación solamente bastaría para controvertir ese supuesto de hecho, sobre todo si se tiene en cuenta que la certificación fue emitida con posterioridad al finiquito del vínculo, según lo allí informado.

De otra parte, se estima que la prestación personal del servicio del actor como estilista, a favor del demandado, en el establecimiento de comercio de propiedad del último, quedó ampliamente demostrada con la testimonial rendida en el trámite, con la referida constancia e inclusive con el "*Contrato de colaboración entre comerciantes a riesgo compartido*", cuyo contenido, en sentir de este Colegiado no basta para destruir la presunción legal que operó en este asunto, en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Lo anterior, porque la declaración rendida por la testigo Angie Paola Alfonso Montoya, denota que a pesar de que el demandado no le indicaba al promotor del proceso particularmente la forma en que debía desarrollar su oficio de estilista, y por otro lado, el segundo debía proveer para su trabajo algunas herramientas, lo cierto es, que Calos Mario Espinel, estaba sujeto a la imposición de una jornada de trabajo, que era controlada por él y su auxiliar, además se realizaban llamados de atención, y debían solicitarse permisos para las ausencias, las cuales debían ser justificadas; a lo que se suma, que la razón de terminación del vínculo obedeció a la determinación del demandado, fundado en la queja de un cliente y que de acuerdo con el "*Contrato de colaboración entre comerciantes a riesgo compartido*" el encartado era quien suministraba el espacio físico ubicado dentro de un inmueble y el mobiliario de la peluquería.

Ahora bien, es importante señalar respecto a la jornada laboral que fue certificada de 09:00 a.m. a 09:00 p.m., que sobre la misma resulta concordante el dicho de la referida testigo, y que la manifestación del testigo William Fernando Álvarez, concerniente a que el veía que el horario de la peluquería "*era más o menos*" desde las 9 hasta las 7 u 8, porque se imaginaba que ello fluctuaba de

acuerdo a la demanda de clientes, no es suficiente para concluir, como lo hizo el Juez de primer grado, que esa información no era verídica, por las razones antes explicadas y porque justamente una de las personas que laboraba al servicio del encartado dio cuenta de esa situación.

En cuanto al convenio que se daba entre las partes sobre la “hora de almuerzo”, es menester indicar que tal circunstancia no denota propiamente la autonomía que caracteriza las relaciones independientes, por el contrario, es demostrativa del acatamiento de una jornada de trabajo, toda vez que no conduce a concluir que el actor pudiera prestar sus servicios en cualquier tiempo y a su arbitrio.

Consideración que es igualmente aplicable al hecho de que el trabajador sufragara los gastos correspondientes al uniforme exigido por las autoridades públicas para desarrollar la labor de estilista, así como los aportes a seguridad social, pues dadas las consideraciones anteriores, que permiten establecer la existencia de un verdadero vínculo laboral, lo que ello permite colegir es, que el encartado trasladó al trabajador la obligación legal que le correspondía de suministrarle la dotación de vestido y calzado de labor y de pagar las contribuciones respectivas al sistema.

Por todo lo expuesto, se revocará la decisión apelada, para en su lugar, declarar que entra las partes existió un contrato de trabajo que se ejecutó en el período comprendido del 30 de noviembre de 2016 al 5 de noviembre de 2018, y en virtud del cual el actor se desempeñó como estilista en el establecimiento de comercio de propiedad de Juan Carlos Bonilla Leyva.



En punto del salario, se precisa que deberá tenerse para todos los efectos el mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, teniendo en cuenta que no se demostró de manera certera en este trámite la remuneración que recibió mes a mes el demandante.

En cuanto a las condenas solicitadas, de acuerdo con la declaración aquí dispuesta, se dispondrá respecto de todo el tiempo trabajado, el pago de las **cesantías** y las **primas de servicios** en la suma \$1.458.972,00, por cada una de ellas; de los **intereses a las cesantías** en cuantía de \$156.431,00, un valor igual por concepto de la **sanción por no pago** de dicho rubro, en los términos del numeral 3.º del artículo 1.º de la Ley 52 de 1975; y, la suma de \$755.201,00 por la compensación en dinero de las **vacaciones**.

En punto de la **indemnización moratoria** de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se encuentra que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que no es de aplicación automática, como quiera que depende del estudio que se haga en cada caso de la conducta del empleador, para determinar si su omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales al finalizar el vínculo contractual, estuvo o no precedida de buena fe, dado que si se demuestra que su conducta omisiva obedece a motivos atendibles o razonables, se debe absolver de la sanción.

Por lo que es deber entonces del juzgador hacer un análisis de las circunstancias que rodearon la omisión, para determinar si existieron o no razones atendibles para ello, que permitieran concluir que el empleador obró de buena o mala fe. Son múltiples las decisiones de la Alta Corporación que así lo reiteran, entre ellas en la Sentencia CSJ SL6119-2017, al respecto se precisó "(...) *el juez debe*

*adelantar un examen del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la totalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo”.*

De esta manera, estima esta Colegiatura que los medios de convicción adosados al plenario, no resultan ser suficientes para establecer que en efecto el empleador obró de mala fe, al omitir el pago de las prestaciones sociales del demandante, pues en este particular caso se encuentra, que las partes no tenían claridad sobre el tipo vínculo que se estaba ejecutando, ya que como se vio, del modo en que se ejecutó el vínculo se extrae, que existían diversos indicios que podían asociarse al trabajo autónomo, y otros, que encontró esta Sala, eran de mayor contundencia y denotaban la subordinación jurídica, tanto así que, de una parte, los aquí contendientes suscribieron un acuerdo de voluntades estando vigente el vínculo jurídico que era distinto al laboral y podría aplicarse a la naturaleza del oficio desarrollado por el actor, y de la otra, a la finalización de la relación el empleador emitió una certificación de la que se derivaban ciertas características propias del contrato de trabajo.

Por lo que se concluye que el demandado actuó bajo la convicción de encontrarse en una modalidad contractual que no generaba la obligación de pago de prestaciones sociales y consignación de cesantías en un fondo, lo que lo lleva al terreno de la buena fe, sin que exista ninguna prueba en el plenario, que contrarie la validez de tal convicción, máxime cuando la labor para la que fue contratado, esto es, como estilista, puede desarrollarse de manera independiente.

En consecuencia, absolverá al demandado del pago del concepto analizado, y respecto de la **sanción por no consignación de las**

**cesantías**, cuya negación tiene sustento en las consideraciones ya esbozadas.

Frente a los **aportes a la seguridad social en pensiones**, se ordenará al demandado a cancelar el cálculo actuarial correspondiente a los aportes dejados de realizar desde el 30 de noviembre de 2016 hasta el 5 de noviembre de 2018, con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones en la que se encuentra afiliado el actor, teniendo como salario base de cotización el mínimo mensual legal vigente.

Para lo cual, el encartado deberá presentar la respectiva solicitud al Fondo de Pensiones, una vez ejecutoriada la presente decisión y cancelar la suma establecida por dicho Ente dentro del plazo máximo determinado por el mismo.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia a cargo de la parte demandada, según la liquidación que efectúe el *a quo*.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta ciudad, para en su lugar **DECLARAR** que entre CARLOS MARIO ESPINEL BARÓN y JUAN CARLOS BONILLA LEYVA, existió un contrato de trabajo a término vigente del 30 de noviembre de 2016 al 5 de noviembre de 2018, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a JUAN CARLOS BONILLA LEYVA a pagar CARLOS MARIO ESPINEL BARÓN identificado con c.c. n.º 80.028.881,

- A. Por concepto de las cesantías la suma de \$1.458.972,00.
- B. Por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$156.431,00.
- C. Por concepto de sanción por no pago de intereses a las cesantías la suma de \$156.431,00.
- D. Por concepto de prima de servicios la suma de \$1.458.972,00.
- E. Por concepto de vacaciones la suma de \$755.201,00.

**TERCERO.- CONDENAR** a JUAN CARLOS BONILLA LEYVA a pagar el cálculo actuarial de los aportes en pensión en la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentra afiliado el actor CARLOS MARIO ESPINEL BARÓN, del período comprendido del 30 de noviembre de 2016 al 5 de noviembre de 2018, teniendo como salario base de cotización el mínimo mensual vigente para cada anualidad, para lo cual, deberá presentarse la respectiva solicitud al Fondo de Pensiones, una vez ejecutoriada la presente decisión y cancelarse la suma establecida por dicho Ente dentro del plazo máximo determinado por el mismo.

**CUARTO.- ABSOLVER** a JUAN CARLOS BONILLA LEYVA de las demás pretensiones formuladas en su contra, por lo motivado.

**QUINTO.-** Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo del demandado de conformidad con la liquidación que efectúe el *a quo*.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Ángela Lucía Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
32.2019.16



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **MONIQUE DUCHAMP MADERO** en contra de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

**EXP. 11001-31-05-035-2018-00294-01**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

**AUTO**

Téngase a la firma **CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.** representada legalmente por la abogada **CLAUDIA LILIANA VELA**, como apoderada principal de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

Asimismo, se tiene a la doctora **LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ**, como apoderada sustituta de la entidad demandada **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió, que se declare la nulidad absoluta del acto de afiliación, por medio del cual se trasladó del extinto I.S.S., hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la AFP Pensiones y Cesantías Colpatria, actualmente PORVENIR S.A., debido a la falta de requisitos legales y el error bajo el cual se suscribió el formulario de afiliación; que en consecuencia, se declare para todos los efectos legales que la actora nunca estuvo afiliada al R.A.I.S.; que debe quedar inscrita al R.P.M.P.D.; que se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de régimen pensional radicado en la entidad el 23 de marzo de 2018; que se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el valor de los dineros que reposan en su cuenta; que se condene a los demandados al pago de



Para el efecto, manifestó que nació el 3 de diciembre de 1962, que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto I.S.S., el 15 de enero de 1985, y que realizó aportes a pensión hasta el 31 de enero de 1995 en esa entidad. Indicó que el 28 de febrero de 1995 se trasladó al R.A.I.S., debido a que la representante comercial de PORVENIR S.A., María Yaneth Payoma, indujo a la actora a trasladarse de régimen, utilizando información falsa, como que tendría una mesada anticipada en una cuantía mayor al valor de la pensión que se le otorgaría el sistema de prima media.

Señaló, que la representante comercial de PORVENIR S.A., no cumplía con las calidades exigidas en el Artículo 4.º del Decreto n.º 720 de 1994, esto es idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado respecto de la afiliación en pensiones, puesto que no recibió una explicación clara, racional, y objetiva sobre todos y cada uno de los efectos jurídicos que se generarían por su traslado al R.A.I.S. Asimismo, manifestó que PORVENIR S.A. no le dio la oportunidad de razonar sobre su decisión de traslado de régimen puesto que de haber sido así, hubiese permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.

Indicó, que el 22 de febrero de 2018, PORVENIR S.A. realizó una simulación pensional, en donde se tuvo en cuenta las cotizaciones realizadas por la actora, y la proyección de que cotizaría sobre el mismo ingreso base de cotización hasta cumplir 57 años. Conforme a ello, su mesada pensional sería de dos millones quinientos setenta y seis mil cuatrocientos pesos (\$2.576.400 COP).

Manifestó, que mediante cálculo actuarial efectuado por contadora pública, se realizó una proyección pensional, como si continuara afiliada al R.P.M.P.D., en consideración de la última fecha de cotización; la fecha en la cual cumple 57 años de edad, y el ingreso base de cotización mensual de los diez (10) últimos años, para concluir que su pensión sería de diez millones trescientos ochenta y siete mil seiscientos noventa y seis pesos (\$10.387.696 COP), si no se hubiese trasladado de régimen. La diferencia abismal de las mesadas pensionales, en uno y otro régimen, jamás fue advertida por PORVENIR S.A. Por lo anterior, la demandante solicitó en dos ocasiones solicitud de afiliación y nulidad de traslado de régimen a COLPENSIONES. No obstante, la entidad le contestó que no era procedente anular la afiliación.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 70).

La **Administradora Colombia de Pensiones - Colpensiones**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no obra prueba en el expediente de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error. Asimismo, indicó que no se evidenciaba dentro de las solicitudes, nota de protesto o anotación, que permitiera inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante (f.º 74). Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al R.P.M.P.D., prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (f.º 83 - 86).

**La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, también se opuso a las pretensiones de la actora, alegando en su favor que el traslado de régimen se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, y que la actora se trasladó de manera libre, voluntaria y espontánea, sin que mediara coacción o vicio de consentimiento alguno que afectara el acto. (f.º 101). Invocó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (f.º 106 - 107).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 25 de julio de 2019, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, a quien le impuso el pago de las costas.

Consideró, qué de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a PORVENIR S.A., demostrar que dio la información pertinente a la actora para que adoptará la decisión de trasladarse de régimen. No obstante, aclaró que en sentencia SL 4694 la Corte Suprema de Justicia, señaló un esquema flexible para la distribución de las cargas probatorias, en el sentido de que si una de las partes puede aportar un determinado medio probatorio debe hacerlo, más aún cuando pretenda acreditar un supuesto fáctico que le resulte favorable.

El juez de primera instancia estimó que la actora debió aportar una prueba fehaciente de la amenaza que le hizo la responsable

comercial de PORVENIR S.A., de que iba a perder los aportes para su pensión, no obstante, no obra en el expediente prueba alguna que demuestre este hecho. Así las cosas, el juez consideró que la actora se traslado de manera voluntaria como consta en el formulario de afiliación, y que no hubo amenaza por parte de la A.F.P. toda vez que no se demostró.

#### IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. En primer lugar, solicitó adición a la sentencia puesto que consideró que no se resolvió la pretensión de declarar la nulidad absoluta o no, del acto de afiliación. Igualmente, refirió que el juez no se refirió a lo dispuesto en el quinto hecho de la demanda respecto de que la representante comercial de **PORVENIR S.A.**, no acreditaba los requisitos dispuestos en el artículo 4.º del Decreto n.º720 de 1994.

El juez aclaró que en la sentencia se resolvió no conceder la solicitud de nulidad absoluta del traslado. En cuanto al hecho 5.º, estimó que el traslado se evidenció en el formulario de afiliación allegado en debida forma al expediente, y sin ser tachado por la parte demandante.

Así las cosas, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación. Manifestó, que en varios de los hechos de la demanda se expresó que PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de información. No obstante, el juez solo tuvo en cuenta lo dispuesto en el octavo hecho de la demanda correspondiente al engaño y error al que fue sometida la actora por parte de PORVENIR S.A. Por lo anterior, consideró que el juez no abordó el problema jurídico de *forma integral*, debido a que el único sustento para negar las



pretensiones, fue que no hubo prueba que acreditara la amenaza de la asesora de PORVENIR S.A., de que iba a perder sus aportes pensionales si no se afiliaba al R.A.I.S.

Señaló, que el juez olvidó tener en cuenta lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1452 de 2019, en donde se señalaron las reglas para fallar procesos relacionados con la nulidad de traslado, así como que la decisión no se debe limitar a si la parte actora demuestra o no el engaño. De otro lado, manifestó que la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento del deber de información le corresponde a PORVENIR S.A., conforme a los pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, en el presente proceso la A.F.P. no demostró el cumplimiento de dicho deber.

Concluyó, que el juez de primera instancia realizó una errónea interpretación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el verificar si el traslado de régimen pensional de la demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 3 de diciembre de 1962 (f.º 38); **ii)** que cotizó al

extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de enero de 1985 a 31 de diciembre de 1994, 458 semanas (f.º 40); **iii)** y que el 28 de febrero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. conforme a la solicitud de afiliación y traslado allegada al proceso (f.º 39).

Se tiene entonces, que el traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) establece que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibidem, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada



manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, se tiene que la demandante firmó la solicitud de afiliación y traslado de régimen (f.º 39). En el recuadro denominado 'voluntad de afiliación', se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *"Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, manifiesto que he elegido a Pensiones y Cesantías Colpatria para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en este solicitud son verdaderos"*.

Se infiere que con este acto se produjeron los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a PORVENIR S.A., fue ineficaz o estuviera viciado de nulidad, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria. Asimismo, admitió siempre haber estado conforme con su fondo de pensiones, y que no hizo averiguaciones respecto del estado de su pensión toda vez que consideró que la información suministrada por la responsable comercial era suficiente y le generó credibilidad. De manera que la actora, consideró que la PORVENIR S.A. incumplió el deber de información solo hasta el momento en que le indicaron el monto de su pensión. Así, hubo una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con el pleno cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte, no se puede inferir que haya sido amenazada o constreñida ni obra en el expediente prueba fehaciente que lo demuestre.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada, y estuvo de acuerdo con la información suministrada, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de



la afiliación a la A.F.P. Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL-1452 de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los

que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en febrero del año 1995, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas,



máxime cuando en el interrogatorio de parte admitió que el motivo por el cual interpuso la demanda fue meramente económico. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Protección S.A.-Santander.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

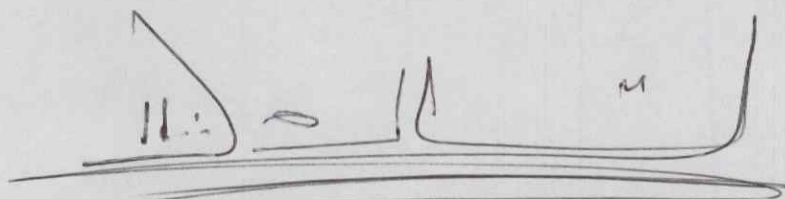
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Ángela Lucía Murillo*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
*35.2018.294.*

*Hernán Mauricio Oliveros Motta*  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
*SALVO VOTO*

Rad. 110013105 035 2018 00294 01

### SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** Monique Duchamp Madero

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 035 2018 00294 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de



modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.



En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
 Sala Quinta de Decisión Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **MARÍA CAROLINA PABÓN PABÓN** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA y PORVENIR SA**

**EXP. 11001 31 05 036 2018 00058 01**

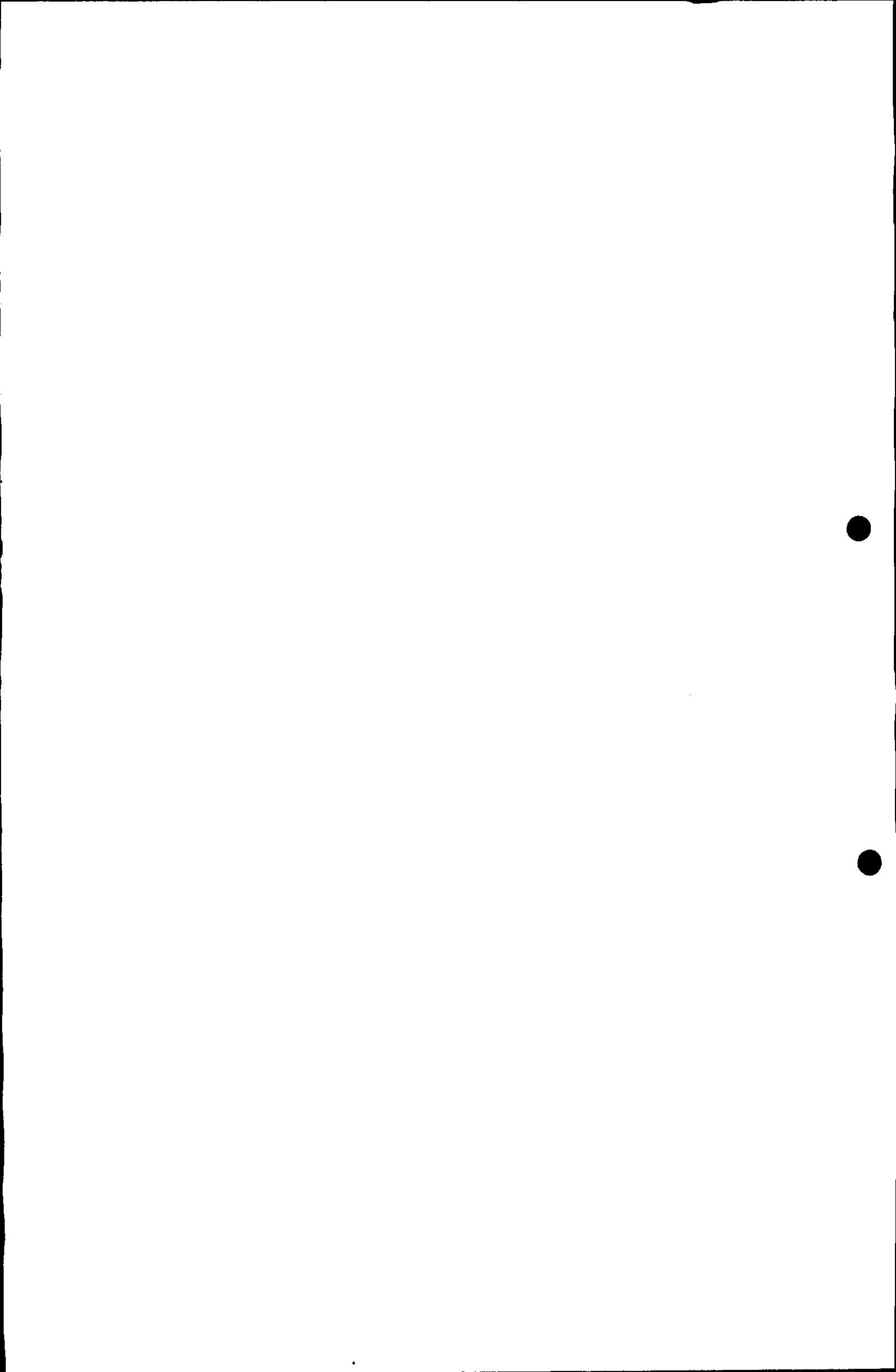
Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada a Porvenir SA, por el



incumplimiento al deber legal de información, lo que generó un error de hecho que vició su consentimiento, por ende, las afiliaciones efectuadas con posterioridad carecen de validez jurídica ya que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones; en consecuencia, se condene a Porvenir trasladar a Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, entidad última que a su vez debe activar la afiliación (f.º 1, 2).

Sustentó sus pretensiones en que nació el 7 de julio de 1962; se vinculó al ISS el 1º de julio de 1983 donde cotizó 540 semanas; en agosto de 1995 fue persuadida por Porvenir SA, bajo el argumento de que era lo mejor que había en el mercado, que el ISS se iba a acabar, que se podía pensionar a cualquier edad y que esa pensión se podía heredar, sin darle información relevante como la naturaleza y características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni los requisitos para pensionarse, ni los riesgos, ventajas y desventajas, con la respectiva comparación de los regímenes pensionales; tampoco le indicó que podía devolverse al régimen de prima media con prestación definida o que podía devolverse. Afirmó que posteriormente se trasladó en el 2001 a Protección y se devolvió a Porvenir en el 2008, en donde tiene más de 1650 semanas; en el año 2017 se dio cuenta que Porvenir le hizo tomar una decisión que la perjudicó, por lo que el 19 de octubre solicitó la anulación de su afiliación ante las demandadas (f.º 3-6).

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 17 de mayo de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 79).

**Colpensiones**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 86-106).

**Protección SA**, se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: valides de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción (f.º 126-133).

**Porvenir SA**, se encuentra representada por Curador Ad Litem, quien contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepción de mérito la que denominó el derecho demandado no se configura (f.º 170-179).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 81).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 14 de agosto de 2019, declaró la ineficacia del traslado efectuado el 1º de septiembre de 1995; en consecuencia condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones, los aportes de la cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos causados, sin descuento alguno por mesadas, gastos de administración o cualquier otro concepto; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a Porvenir SA y a Protección SA.

En lo que interesa a la alzada, consideró que no se acreditó por parte de las demandadas, teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante para que tomara la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, ni que se cumplió con el deber legal de información, así que también existió un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente documentación respecto de su afiliación; adujo que si el derecho a la pensión es imprescriptible, igual debe ocurrir con lo referente a la nulidad del traslado (f.º 213, 214).

#### IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

**Porvenir SA**, sostuvo que no resulta equitativo que la demandante se beneficie de la indexación y rendimientos financieros que produjeron sus aportes que se acrecentaron gracias al ejercicio fiduciario efectuado por Porvenir, si no se puede beneficiarse la administradora del acto declarado ineficaz (f.º 171-179), la constancia de su emplazamiento obra a f.º 167 y 175; posteriormente otorgó poder para su representación judicial (f.º 189-196).

**Colpensiones** apeló con el argumento de que se está actuando en contra de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 porque le faltan menos de 10 años a la demandante para cumplir la edad de pensionarse, aunado a que ello representa un detrimento para el sistema financiero, porque la demandante pudo haber acudido a cumplir su deber de informarse frente a cada administradora de fondos de pensiones y no lo hizo.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 7 de julio de 1962 (f.º 19); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 1º de julio de 1983 hasta el 31 de agosto de 1995, 548.41 semanas (f.º 22); **iii)** que el 30 de agosto de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde 1º de septiembre de 1995 (f.º 134, 204), y que luego de varias transferencias entre administradoras del RAIS, actualmente se encuentra vinculada a Porvenir SA, con un total de 1717 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 23 a 28 y 265 a 208.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el

derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, aun cuando el formulario de traslado diligenciado en el año 1995 ante Porvenir SA, no fue anexado por ninguna de las partes, no se puede pasar por alto que al siguiente movimiento por cambio de administradora a la AFP Protección, precisamente, si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación' de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 5642562 diligenciado el 1º de marzo de 2001 se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 20).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir SA y a Protección SA, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Porvenir SA, pues nadie la obligó a hacerlo, lo que incluso también ocurrió con los formularios diligenciados ante las demás administradoras, circunstancia indicativa del conocimiento de la demandante del RAIS, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.



Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 210-212), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, porque admitió como administradora de empresas haber siempre laborado en el sector financiero – comercial y que recibió una asesoría por parte de Porvenir SA, en la compañía Progreso Leasing, en donde trabajaba para esa época; que se trasladó entre administradoras por los cambios de empleo y en el año 2008, cuando se trasladó a la AFP Horizonte, fungía como Gerente del BBVA Leasing; aceptó recibir los extractos de sus aportes y conocer el beneficio de realizar aportes voluntarios en su cuenta de ahorro individual, lo que se verifica a f.º 136, 137, 139, 140, 197 a 200, 202 y 203, donde consta la vinculación que hizo para este tipo de aportes ante Protección, Horizonte y Porvenir, incluso desde el año 1996. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme a los formularios que suscribió en marzo de 2001, febrero de 2008 y septiembre de 2010 (f.º 20, 135, 161, 162, 197, 201), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Protección y Horizonte, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el RAIS, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 5-18) y del fallo de primera instancia-, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional,

ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas (548.42 - f.º 22), y la edad cumplida a la fecha de traslado (33 años - f.º 19), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 24 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 50% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir y Protección, informarle a la demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 8 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga

de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 32 años de edad y 485.99 semanas de cotización a 1º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 7 de julio de 2009 y no lo hizo, al contrario, en febrero de 2008, hizo su tercer traslado de administradora a Horizonte (f.º 204), sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir SA, Horizonte y Protección SA, mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 163-165).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 4 solicitudes de vinculación efectuadas a Porvenir SA, Horizonte y Protección, ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que la promotora del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del RAIS, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en agosto del año 1995, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Sin que sea viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir SA.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por **MARÍA CAROLINA PABÓN PABÓN**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
SALVO VOTO



Rad. 110013105 036 2018 00058 01

### SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** María Carolina Pabón  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 110013105 036 2018 00058 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J. CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **LUISA STELLA MARTÍNEZ GARZÓN** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR SA.**

**EXP. 11001 31 05 037 2018 00451 01**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2019, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado a Porvenir S.A., por no existir una decisión informada y consciente; en consecuencia, se condene a dicha entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos, junto con el

respectivo detalle de aportes, y se ordene a Colpensiones, activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida ya aceptar todos los dineros que le sean trasladados (f.º 3).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de agosto de 1967; realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de diciembre de 1991; el 11 de abril de 2000 se trasladó a Porvenir, antes BBVA Horizonte, sin haber obtenido información adecuada y completa acerca del cambio de régimen pensional, pues solo le indicó las ventajas no las desventajas; reclamó administrativamente el 28 de julio de 2017, pero Porvenirle indicó el 23 de agosto de 2017 que escogió libremente el fondo, y Colpensiones le informó el 20 de diciembre siguiente que no era procedente anular la afiliación (f.º 3-8).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de julio de 2018, auto corregido el 3 de agosto siguiente, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 69, 70, 72).

**Porvenir S.A.**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 85-91, 124-130).

**Colpensiones**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de 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, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 108-118).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 122).

**III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de septiembre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que al aplicar la jurisprudencia al caso en concreto, se verificó que no se acreditó que Porvenir hubiera engañado a la demandante cuando dio su consentimiento en forma libre, espontánea y sin presiones para trasladarse de régimen pensional, aunado a que se demostró que nunca fue beneficiaria del régimen de transición, que el formulario suscrito reúne los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y que dicho fondo sí le dio información previa a la suscripción del mismo (f.º 174, 175).

**IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La **demandante**, apeló con el argumento de que las demandadas no cumplieron con el deber legal de información, buena y doble asesoría y buen consejo por parte de los asesores del fondo, de quienes tampoco se acreditó el conocimiento profesional acerca del cambio del régimen pensional, como se ha sostenido en la sentencia SL12136-2004 y mucho menos corrieron con la carga probatoria de acreditar tal circunstancia de manera puntual frente a su caso, porque no obtuvo una pensión anticipada en el año 2017, pese a que siempre ha cotizado sobre 5 millones, siendo ofertada para esa época una mesada de \$928.000 por parte de Porvenir, lo que considera un

perjuicio irremediable.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 18 de agosto de 1967 (f.º 16); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 11 de diciembre de 1991 hasta el 30 de abril de 2000, 311.14 semanas (f.º 169-171); **iii)** que el 11 de abril de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de junio de 2000 (f.º 66, 93, 94, 132 y 133), teniendo en la actualidad un total de 1147 semanas cotizadas, según lo informado por dicha entidad en la historia laboral que reposa de f.º 30 a 34.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.



Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 01358124 diligenciado el 11 de abril de 2000, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: «Hago constar realizo **en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de esto, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y de implicaciones de mi decisión. Así mismo he seleccionado a Porvenir S.A., para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud» (f.º 66, 93, 132).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir el formulario, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la administradora de fondos de pensiones, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas en el hecho n.º 5 (f.º 3, 4) y al absolver el interrogatorio de parte (f.º 174, 175), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el

184

régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió ser Contadora y que recibió una asesoría personalizada entre 2 y 3 ocasiones por parte de Porvenir, en el sitio en donde trabajaba para esa época; que recibió extractos en donde podía observar el movimiento que tenían sus aportes a pensión; afirmó, que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo de pensiones, dentro de los cuales se encontraba obtener una pensión anticipada al cumplimiento de los 57 años de edad, con un mayor valor dependiendo de los montos que hiciera en sus cotizaciones y que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado, por lo que los aportes allí realizados serían trasladados a través de un bono pensional a Porvenir, sin que corroborara en alguna ocasión tales afirmaciones; le ofrecieron mejores rendimientos de sus aportes pensionales y beneficios que en el fondo público, razones que la motivaron a cambiarse de régimen; señaló, que solo después del año 2016 empezó a averiguar acerca de su situación pensional, a solicitar información ante Porvenir y a ayuda de abogados; agregó, que en virtud a su profesión tuvo conocimiento de cuándo el Instituto de Seguros Sociales se convirtió en Colpensiones, ante la rendición de informes que debió presentar ante la Dian; que sabe que los aportes voluntarios sirven para disminuir la base de las declaraciones de renta, pero nunca los hizo. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Aunado a lo anterior, con las declaraciones extra juicio rendidas por María Isabel Martínez Garzón, Néstor Joaquín Monse Quijano, hermana y compañero permanente de la demandante, respectivamente y Gloria Lucía Pérez Briceño, Roberto Antonio Monsalvo Diago, Rossana Jimena Díaz Ballesteros, y Marta Patricia Wanumen Corredor, como compañeros de trabajo de la actora en la

compañía Estudios e Interventorías S.A. CEI, confirmaron lo atinente a la asesoría que recibieron junto con la demandante desde el año 1998, por parte del fondo de pensiones Porvenir, y la información dada por los respectivos asesores, como la posibilidad de pensionarse en forma anticipada y de pedir la devolución de sus aportes en cualquier momento, los rendimientos obtenidos respecto de los aportes y la transformación del Instituto de Seguros Sociales en Colpensiones (f.º 48-54).

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme al formulario que suscribió en el mes abril de 2000 (f.º 66, 93, 132), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Porvenir, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se

adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 4-12), no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales (311.14 – f.º 169-171), y la edad cumplida a la fecha de traslado (32 años – f.º 16), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 25 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 70% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se

incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir, informarle a la demandante, previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 3 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la apelación, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 27 años de edad y menos de 150 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994, y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse

nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 18 de agosto de 2014 y no lo hizo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 105, 106, 125, 153).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que la afiliada no está exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en abril de 2000, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía



contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

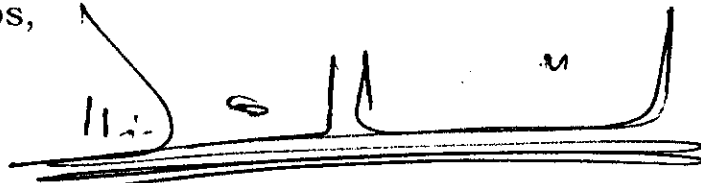
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2019, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

**DAVID A. J. CORREA STEER**

**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. M. O. M.', written over a horizontal line.

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

*SALVO VOTO*

Rad. 110013105 037 2018 00451 01

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Demandante:** Luisa Stella Martínez Garzón  
**Demandado:** Colpensiones y otros  
**Radicado:** 110013105 037 2018 00451 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regimenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el

intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Igualmente, las declaraciones extra juicio deben ser entendidas en el contexto en que ellas refieren como fue la asesoría, dado allí los declarantes indican que hubo engaños al constatar que el ISS no se liquidó y otros aspectos relevantes, considero que no pueden escindirse esa declaración extra juicio para resaltar lo que más le perjudica al afiliado. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte, las declaraciones extra juicio y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **CARLOS JULIO VELOZA VARELA** contra **UNIVERSIDAD DE LA SALLE**.

**EXP.** 11001-31-05-039-2016-01105-01

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes.

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante que se declare lo siguiente: que entre la Universidad de La Salle y él, existió una relación laboral ininterrumpida desde el dos de junio de 1980 hasta el 26 de junio de 2016; que la modalidad del contrato de trabajo celebrado entre las partes fue a término indefinido conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Código Sustantivo del Trabajo; que el cargo que desempeñó fue el de auxiliar de laboratorio en la Facultad de Medicina Veterinaria; que realizó su actividad de manera personal y de forma subordinada; que devengó un salario de (1.733.000 COP); que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por la demandada sin justa causa y que la pérdida de confianza no sirve de estribo al despido; que su despido es ineficaz y que tiene derecho a las indemnizaciones de los artículos 28 y 29 parágrafo 1 de la Ley 789 de 2002; que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que tiene derecho al pago de los aportes a Colpensiones, consistente en la diferencia entre lo cotizado y lo que realmente corresponde, y a la pensión sanción; que hubo ausencia de afiliación por más de 13 años, que tiene derecho a la indemnización por culpa patronal en su despido, de acuerdo con la valoración que se le hizo en el examen de retiro y que nunca fue afiliado a un fondo de cesantías. Como pretensiones de condena, solicita las que corresponden a cada una de las declaraciones.

Fundamentó sus pretensiones en que el dos de junio de 1980 fue contratado por la Universidad de la Salle. No obstante, no le fue entregada copia del contrato de trabajo a término indefinido. Manifestó que el cargo que desempeñaba era de auxiliar de laboratorio en la facultad de medicina veterinaria; que realizaba la actividad de manera personal, y que cumplía horario de lunes a viernes de 7 a.m. a 6 p.m. y sábados de 7 a.m. a 12 p.m., esto es bajo la continuada subordinación de la demandada. Señaló que el último salario que devengó fue de \$1.733.000., y que la demandada terminó



laboratorio en la facultad de medicina veterinaria; que realizaba la actividad de manera personal, y que cumplía horario de lunes a viernes de 7 a.m. a 6 p.m. y sábados de 7 a.m. a 12 p.m., esto es bajo la continuada subordinación de la demandada. Señaló, que el último salario que devengó fue de \$1.733.000., y que la demandada terminó la relación laboral el 26 de junio de 2016 por pérdida de confianza en el demandante.

Indicó, que la terminación del contrato era ineficaz puesto que no se cumplieron los requisitos dispuestos en el artículo 64 del C.S.T., toda vez que en la liquidación del contrato no se tuvieron en cuenta sus acreencias laborales, ni los 36 años de servicio continuo. Asimismo, manifestó que el demandado incumplió con la obligación de afiliarlo al fondo de pensiones desde el inicio de su contrato, puesto que dicha afiliación se realizó hasta el primero de octubre de 1985. No obstante, dejó de pagar los aportes en noviembre de 1985, y que solo hasta el primero de febrero de 1993 efectuó el pago sin interrupción a 31 de diciembre de 1994. Además, dijo no haber sido afiliado nunca a un fondo de cesantías.

De otro lado, afirmó que antes de la expedición de la Ley 50 de 1990 el demandante tenía mas de 10 años laborando, por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como acreedor de la pensión sanción desde que cumplió 50 años de edad, por acreditar la totalidad de los requisitos.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 22 de mayo de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada.

La **Universidad de la Salle**, no se opuso a las pretensiones del demandante de los numerales 2.1, 2.2., 2.4, 2.5, 2.7 y 2.8, referidas a la fecha de inicio de la relación laboral, esto es el 2 de junio de 1980; que se trató de un contrato de trabajo a término indefinido; que el demandante realizó la actividad de manera personal; que siempre estuvo bajo la continuada subordinación de la Universidad La Salle; que la relación laboral se terminó el 26 de junio de 2016, de forma unilateral. Se opuso a las pretensiones restantes, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 28 de agosto de 2019, condenó a la demandada a reconocer y a pagar a favor del demandante el valor del cálculo actuarial que previamente liquide COLPENSIONES con arreglo a las disposiciones del Decreto 1887 de 1994, frente a los servicios que prestó el actor a la empleadora de octubre a noviembre de 1982, de enero a febrero de 1983, febrero de 1984, diciembre de 1988 y enero de 1989 tomando como I.B.C. el salario que devengaba el demandante para los referidos periodos. Absolvió a la demanda de las demás pretensiones, y condenó en costas al demandante.

El despacho, tuvo como hecho cierto al no haber sido discutido por las partes, que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de junio de 1980 hasta el 26 de junio de 2016, y que el contrato fue terminado unilateralmente por la demandada.

Así, le correspondió determinar **i)** la ley aplicable al momento de la terminación del contrato de trabajo, **ii)** establecer cual era el salario que devengaba el trabajador al momento de su despido, **iii)** si la indemnización realizada por la demandada se hizo de manera

correcta, **iv)** si el demandante tiene derecho a indemnización moratoria por la no consignación de cesantías a un fondo durante su vida laboral, **v)** esclarecer si procede el cálculo actuarial en los periodos aducidos por el demandante, y **vi)** determinar el salario del actor a la fecha de terminación de la relación laboral.

Respecto del primer problema jurídico, manifestó que como la relación laboral del actor inició el 2 de junio de 1980, al primero de enero de 1991 tenía más de 10 años al servicio de la demandada, razón por la cual le sería aplicable el parágrafo transitorio de la Ley 50 de 1990: *"...los trabajadores que el momento de entrar en vigencia la presente ley tuvieran 10 años o más al servicio continuo del empleador seguirán amparados por el Ordinal 5º del artículo 8º del Decreto Ley 2351 del 65 salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen"*.

Ahora bien, como no obra prueba en el expediente de que el actor haya manifestado acogerse al régimen de la Ley 50 de 1990, el despacho consideró que le era aplicable lo establecido en el numeral 5º. del artículo 8º. del Decreto 2351 de 1965. No obstante, la demandada aceptó que el despido fue sin justa causa, debido a que se le canceló la respectiva indemnización al trabajador, por lo cual no es procedente el reintegro, máxime si se considera que la demandada alegó que la terminación del contrato obedeció a la pérdida de confianza en el trabajador, por la presunta venta de exámenes a estudiantes de la facultad de medicina veterinaria. Aún así, la universidad reconoció la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se refirió a lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de mayo de 2020 Rad. 71666, para justificar el derecho ejercido por la demandada a despedir al trabajador, siempre que se le reconozca la correspondiente indemnización. Como no prosperó el reintegro, respecto de la

reliquidación de indemnización solicitada por el demandante señaló que de conformidad con los comprobantes de pago de último año allegados por la demandada (f. ° 246 a 260), el último salario devengado por el actor en el año 2016 fue de \$1.612.000. Así las cosas, aclaró que las bonificaciones hechas al demandante en el mes de mayo y diciembre fueron tenidas en cuenta para cotizar la seguridad social, pero que no hacían parte del salario mensual del demandante. Por lo cual, su salario era de \$1.612.000 y no de 1.773.000 como se indicó en la demanda. También, señaló que la indemnización se realizó conforme a lo previsto en la Ley 50 de 1990, a pesar de que el trabajador no se acogió a esa normativa, de manera que la indemnización realizada por la demandada fue más favorable al actor.

Frente a la no afiliación alegada por el demandante al fondo de cesantías, el juez aclaró que como el demandante suscribió un contrato de trabajo con anterioridad a la promulgación de la Ley 50 de 1990, pertenece al régimen tradicional de cesantías, razón por la cual a la demandada no le asistía la obligación de afiliarlo a un fondo de pensiones.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La parte demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que el despacho no aclaró si la prueba correspondiente a las versiones libres rendidas por las estudiantes iba a ser tenida en cuenta o no. Por esta razón, el demandante no tuvo la oportunidad de ratificarla o desvirtuarla.

Señaló, que los documentos correspondientes al pago de aportes y de cesantías de los años 2012, 2013, 2014 y 2015, no fueron

rubricados por el demandante, como si lo fueron los documentos de años anteriores.

Expresó, que el último salario devengado por el demandante era de \$1.773.000, como se encuentra consignado en la certificación expedida por COLPENSIONES, suma que no fue discutida por la demandada y no de \$1.612.000, como lo afirmó el despacho. De modo que el trabajador no fue indemnizado conforme a las disposiciones legales previstas en la ley, ni por un mayor valor al que le correspondía.

Finalmente, señaló que las semanas que no fueron cotizadas por la demandada no fueron tenidas en cuenta en su totalidad por el despacho.

La parte demandada interpuso recurso de apelación, respecto de los aportes que se le ordenó realizar al actor debido a que según su criterio hubo una apreciación equivocada de las pruebas que obran en el plenario.

## V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS.

**PROBLEMA JURÍDICO:** Se centra en determinar si, *i)* Al demandante le es aplicable lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley 2351 de 1965, para establecer si procede su reintegro, *ii)* determinar el salario real devengado por el trabajador al momento del despido para verificar la indemnización realizada por la demandada, *iii)* Pago

correcto del auxilio de cesantía; *iv*) si hay lugar a la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías, y *v*) la procedencia del cálculo actuarial.

#### A. REINTEGRO.

Sea lo primero indicar que está fuera de debate que el demandante laboró al servicio de la Universidad La Salle, desde el 2 de junio 1980 hasta el 26 de junio de 2016, es decir, que cuando entró en vigencia la Ley 50 de 1990, que fue el 1º. de enero de 1991, llevaba más de 10 años de servicio.

Así las cosas, es claro que al demandante le es aplicable lo dispuesto en el párrafo transitorio de la Ley 50 de 1990, según el cual los trabajadores que tuvieren mas de 10 años de servicio continuo al empleador seguirán amparados por el ordinal 5º del artículo 8º. Del Decreto Ley 2351 de 1965, a menos que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen. No obstante, no obra prueba alguna en el expediente que evidencie que el actor se haya acogido al régimen.

De otra parte, el juzgado negó el reintegro, en primer lugar, porque la demandada indemnizó al trabajador, lo que en su criterio, significaba que había dado cumplimiento a lo ordenado en el citado artículo, que daba la facultad del reintegro o la indemnización; en segundo lugar, porque existían impedimentos para el restablecimiento del contrato, ya que obraban dos declaraciones de alumnas que manifestaron que el actor vendía exámenes a sus compañeras, lo que implicaba que el ambiente laboral no podía restablecerse armoniosamente, puesto que la universidad le había invocado al actor en la carta de despido que le había perdido la confianza.

La apoderada del actor nada dijo respecto del primer punto, y ello trae consigo que la sentencia en ese punto permanezca vigente, de acuerdo con el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que indica que la sentencia de segunda instancia y la decisión de autos apelados deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación.

De todos modos, sobre el segundo punto, la apelante alegó que frente a las versiones de las estudiantes, prueba de la que pidió que no se tuviera en cuenta, el juez no *“definió si la tenía o no en cuenta”*, omisión que le impidió controvertirla, además de que fue aportada por la demandada sin que en su actuar hubiera intervenido el demandante.

Tales documentos aparecen en los folios 64 a 70, y el juez, en el decreto de pruebas decretó como tal las documentales de folios 69 a 160, que corresponden a las que la parte demandada acompañó con la contestación de la demanda. Y aunque en realidad, según la foliatura correcta del expediente, las versiones están en los folios 64 a 70, y las 69 a 70 hacen parte de ellas, no queda duda que el juez sí las decretó como pruebas, porque no es lógico que las hubiera decretado parcialmente cuando forman un todo indivisible desde el folio 64, además de que este número, en la forma como fue foliado, se confunde con el 69.

Luego, al ser decretadas como prueba, el juez bien podía valorarlas y formar su convencimiento sobre ellas, máxime que el artículo 262 del Código General del Proceso, dispone que los documentos declarativos emanados de terceros, serán apreciados por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra quien se opongan, soliciten su ratificación. No hay prueba de

que la parte demandante hubiera solicitado su ratificación, por lo que son plenamente válidas.

En ese orden, es claro que dichas documentales acusan al actor de una supuesta venta de exámenes a alumnas de la universidad, razón que llevó al centro educativo a indicarle al trabajador en la carta de despido sin justa causa que le había perdido la confianza, resaltándose que entre la fecha de la recepción de las declaraciones - 9 de junio de 2016, y otras actuaciones posteriores de la universidad 10 de junio, 20 de junio, y el despido el 26 de junio, demuestran que hubo una investigación interna que finalmente la llevaron a despedir al actor.

Luego, no es equivocado que el juez hubiera afirmado que no era posible el reintegro del demandante debido a esa circunstancia, por lo que su actuar se adecua al artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que para decidir el reintegro de un trabajador, el juez tenía que examinar si existían situaciones desaconsejables que lo impidieran, con respaldo en pronunciamiento de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, que transcribió en lo pertinente. Y ciertamente, lo alegado por la demandada, es un hecho que imposibilita el reintegro del actor, ya que el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo señala que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe.

#### B. SALARIO REAL DEL TRABAJADOR.

La apoderada del demandante sostiene que el último salario devengado por este fue de \$1.773.000, como lo demuestra el pago a Colpensiones por aportes.



El juzgado afirmó que las documentales de folios 246 a 260, demostraban que para el año 2016, el salario del actor fue de \$1.162.000, y que al demandante se le cancelaron tres bonificaciones así: una en el mes de mayo de 2015, otra en el mes de diciembre del mismo año por \$150.700 cada una, y otra en el mes de mayo de 2016 por \$162.000, las que la universidad tuvo en cuenta para cotizar a seguridad social en pensiones, pero las cuales no desdibujaban que el salario para 2016 fue de \$1.162.000.

Al revisar esas documentales, encuentra la Sala que entre enero y abril de 2016 (f.º 279 vto), Colpensiones anotó que el salario base de cotización fue de \$1.612.000, y que en mayo de ese año fue de \$1.773.000. Pero no hay duda de que en junio de 2016, se tuvo en cuenta el salario de \$1.612.000, pues si se divide esta cifra entre 30, el salario diario del trabajador era de \$53.733, que multiplicado por los 26 días de junio, arroja un resultado de \$1.612.000. Por tanto, no es exacto que el último salario devengado por el trabajador fue de \$1.773.000, como lo afirmó la parte actora en la apelación, sino que de la documental examinada es posible concluir que el último salario fue de \$1.612.000.

C. PAGO CORRECTO DEL AUXILIO DE CESANTÍA E INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La parte apelante, alega que no está demostrado que las cesantías de los años 2012 a 2015 fueron pagadas al trabajador, porque los soportes no están firmados por este, como si están los anteriores.

Sin embargo, debe precisar la Sala que el fundamento de hecho expresado en la demanda fue que el demandante jamás fue afiliado a ningún fondo de cesantía, y sobre este aspecto fue que el juzgado

manifestó en su sentencia que el actor no se había acogido al nuevo régimen de cesantía de la Ley 50 de 1990, que por eso no había lugar a imponer condena alguna por ello, ya que la liquidación que hizo la demandada de esta prestación social fue con base en la normatividad que amparaba al actor, es decir, el régimen anterior al de la Ley 50 de 1990.

Por lo tanto, imponer una condena por el auxilio de cesantía por los años reclamados por la apoderada del actor en la apelación, implica una pretensión nueva que no puede ser decidida por la Sala, por contravenir el principio de congruencia consagrado en el artículo 288 del CGP, además de no tener el juez de segunda instancia facultades para fallar ultra o extra petita según el artículo 50 del CPTSS.

Y al no haber condena alguna por salario o prestación social, no hay lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

#### D. PAGO DEL CÁLCULO ACTUARIAL.

Ambas partes apelaron sobre este punto. La demandante porque el número de semanas no cotizadas al I.S.S. fue de 128.42, y la demandada porque el demandante en esos períodos no desarrolló ninguna actividad.

En cuanto a las semanas no cotizadas, ciertamente la historia laboral de cotizaciones de folios 273 a 285, acredita que en los meses a que hace alusión el juez no hubo cotizaciones, mientras que en los demás sí; y la apoderada de la parte actora no demostró que el juez se hubiera equivocado, simplemente sostuvo que no se había cotizado el número que alegó pero sin que lo demostrara.

En relación a la demandada, no hay ninguna explicación válida para que se abstuviera de pagar las cotizaciones a las que el juez aludió en la sentencia, por lo que tampoco hay reproche alguno frente a la decisión que adoptó el juzgado.

En consecuencia, se confirmará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de agosto de 2019, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Angela Lucía Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

*Hernán Mauricio Oliveros Motta*  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **FERNANDO ALBERTO CABRERA ROJAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

**EXP. 11001 31 05 017 2018 00477 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2019, dictada por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretende el demandante, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el incremento del 14% por persona a cargo, a partir del 28 de abril de 2013, junto con los intereses moratorios de que

trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas adeudadas.

Sustentó sus pretensiones, en que mediante Resolución n.º GNR 093226 del 13 de mayo de 2013, le fue reconocida pensión de vejez, a partir del 28 de abril de 2013, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición, en concordancia con el Decreto 758 de 1990, la cual fue reliquidada a través del acto administrativo n.º 198793 del 3 de junio de 2014. Sostuvo, que contrajo matrimonio con Irney Puente de Cabrera el 11 de octubre de 1980, con quien ha convivido, compartiendo techo, lecho y mesa, de forma permanente, continua e ininterrumpida, y depende económicamente de él, ya que no percibe ingresos, ni renta y se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria en el sistema general de salud (f.º 2 a 9).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 1.º de octubre de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 35), quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con sustento en que el incremento adicional del 14% por persona a cargo, desapareció de la vida jurídica a partir del 1.º de abril de 1994, por no hacer parte de las prestaciones reconocidas por el nuevo régimen pensional de que trata la Ley 100 de 1993, y por no estar contemplados en los derechos que por excepción señala el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó *“Prescripción”*, *“Inexistencia del derecho reclamado”*, *“Buena fe de Colpensiones”*, *“No configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno”*, *“No configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria”*, *“Pago”* y *“Carencia de causa para demandar”* (f.º 37 a 32).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 26 de julio de 2019, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, y la absolvió de todas las pretensiones formuladas en su contra por el demandante.

Para arribar a las anteriores conclusiones, el *a quo* señaló que aunque con las pruebas arrimadas al plenario se demostró la calidad de cónyuge de Irney Puente de Cabrera, así como su dependencia económica respecto al pensionado, debido a que desde la expedición de la resolución que reconoció el derecho pensional, hasta la fecha de la reclamación administrativa, que tuvo lugar el 9 de julio de 2018, habían transcurrido más de 5 años, operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial de la parte demandante, la apeló con sustento en que con posterioridad al reconocimiento pensional que tuvo lugar en mayo de 2013, se emitieron innumerables sentencias por parte de la Corte Constitucional que hablaron de la imprescriptibilidad del incremento pensional, por lo que no resulta ajustado a derecho la aplicación de la decisión dictada bajo el radicado SU140-2019.

### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.º 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional;

en tal caso, si el actor reúne los presupuestos de la norma para disponer su pago y si operó o no el fenómeno jurídico de la prescripción.

En esta instancia, no es objeto de controversia que Colpensiones, mediante Resolución n.º. GNR 093226 del 13 de mayo de 2013, le reconoció al actor pensión de vejez a partir del 28 de abril de 2013, por acreditar los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición (f.º 17 a 22). Lo que en principio le da derecho a que se estudie la viabilidad de reconocerle el derecho al incremento del 14%, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21 del referido acuerdo, esto es: que el cónyuge o compañera permanente conviva y dependa económicamente del pensionado y que no reciba pensión alguna.

Para empezar, es dable indicar que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con CSJ SL del 12 dic. 2007 rad. 27923, señaló que los incrementos por personas a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, mantuvieron su vigencia para quienes se les aplica el mencionado acuerdo por derecho propio o transición, criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Así las cosas, como quiera que los incrementos pensionales no se encuentran derogados y dado que al demandante, se le aplicó el mencionado acuerdo, por ser beneficiario del régimen de transición, pasa a estudiarse, el cumplimiento de los requisitos legales a efectos de determinar si tiene o no derecho a la prestación invocada.



El señor Fernando Alberto Cabrera Rojas para probar los presupuestos legales, aportó como pruebas el registro civil de matrimonio que da cuenta de que el 11 de octubre de 1980, aquel contrajo matrimonio con Irney Puentes, además se recibieron los testimonios de los señores Gloria Ortega de Salvador, Isnardo de Salvador Ahumada y Epifanio Ramírez de Gutiérrez, quienes manifestaron conocer al demandante hace aproximadamente desde hace varios años, en el segundo caso desde 1975, así como también que su esposa es Irney Puentes, y que ésta depende económicamente de él, pues no tiene ningún tipo de ingreso, ya que siempre se ha dedicado a las labores del hogar.

De manera que, del análisis en conjunto de las pruebas, la Sala concluye que el demandante demostró la dependencia económica de su cónyuge, lo que le da derecho al incremento que solicita del 14%.

El referido derecho se hace exigible desde el momento en que se configura el beneficio pensional, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia CSJ SL del 12 dic. 2007 rad. 27923, en este caso a partir del 28 de abril de 2013.

En tal sentido, se debe pronunciar la Sala frente a la excepción de prescripción propuesta en su contestación por la entidad demandada y atendiendo lo que prevén las normas que regulan este fenómeno (artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social).

Para que opere la interrupción de la prescripción, se requiere que el trabajador o en este caso el pensionado, formule por escrito su reclamo, que éste se refiera al derecho debidamente determinado y que el mismo sea recibido efectivamente por la entidad, actividad que

debe desplegar el demandante dentro del término trienal legalmente previsto para ello.

En este caso, revisada la documental que integra el expediente, se aprecia a folio 15, el escrito contentivo de la reclamación administrativa que fue presentado el 9 de julio de 2018, el cual se debía presentar a más tardar el 1.º de agosto de 2016, toda vez que el reconocimiento de la pensión, como ya se indicó fue realizada mediante la Resolución n.º. GNR 093226 del 13 de mayo de 2013, notificada el 1.º de agosto de 2013; en tal sentido, resulta acertado dar aplicación al fenómeno de prescripción, conforme lo establece el régimen general para los derechos sociales en las condiciones establecidas en las normas ya referidas, es decir en el término de tres años.

De lo anteriormente expuesto, se establece que la parte demandante no cumplió con las exigencias contenidas en las normas llamadas a regular el asunto, en razón al tiempo que dejó transcurrir para presentar la reclamación administrativa, al no interrumpir el término prescriptivo; por ello el legislador previó estas situaciones, para lo cual dispuso a través de las normas reseñadas en esta sentencia, que no ejercer a tiempo un derecho conduce a la pérdida del mismo por el fenómeno de la prescripción; sin dejar de tener en cuenta la Sala el carácter imprescriptible de la pensión, pero si lo prescriptible de los incrementos reclamados, pues el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, pone límites al derecho de percibirlos; por una parte, en el sentido de que el derecho surge ante el cumplimiento de unos requisitos, y en tal virtud, el derecho subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, pero siempre ejerciendo el derecho en tiempo, esto es sin que haya operado la prescripción.

Ahora bien, en sentencia SU-310 de 2017, la Corte Constitucional reiteró la postura mencionada en la sentencia T-217 de 2013, en cuanto a que, en el derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales, en razón de la prescripción, sólo se pierden las mesadas no reclamadas, como se sigue de la interpretación más favorable al trabajador (in dubio pro operario); no obstante esa Corporación mediante comunicado n.º 27 del 10 de mayo de 2018, anunció la modificación que se adoptara frente a esa postura.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha mantenido su posición frente al tema de la prescripción en materia de incrementos pensionales por personas a cargo, la cual a título de ejemplo se establece en sentencia con Radicación, CSJ SL9638-2014, entre otras, en la que señaló:

*“Bajo este contexto, el objeto de la controversia se centra en determinar si el derecho al incremento pensional por personas a cargo prescribe, tal como lo dedujo el Tribunal, o si por el contrario, se configuró el equivocado ejercicio hermenéutico que endilga el censor respecto de las normas denunciadas, por cuanto, en su decir, se trata de una obligación no susceptible de extinguirse por medio de este fenómeno jurídico, al ser los incrementos accesorios a lo principal, que es la pensión, por lo que son imprescriptibles.*

*Al confrontar los fundamentos que le sirven de soporte a la decisión acusada, observa la Corte que el sentenciador de alzada no incurrió en la interpretación errónea de las normas relacionadas en la proposición jurídica, al declarar la prescripción de los derechos reclamados por concepto del incremento pensional por personas a cargo, dado que la jurisprudencia de esta Sala, así lo ha adoctrinado.*

*En efecto, esta Corporación señaló en sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 42300, que la calidad del pensionado es permanente y vitalicia y consecuentemente la acción para impetrar su reconocimiento es imprescriptible. Pero igualmente ha precisado su doctrina de que una es esa condición del individuo, cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del*

*tiempo y, otra diferente los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, lo que en criterio de la Corte sí prescriben en los términos de los Arts. 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.”*

Entonces, esta Sala en forma mayoritaria, evaluadas las posturas de las Altas Cortes, considera apropiado acogerse a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en manera objetiva y por razones que comparte, ha establecido que el incremento está sujeto al fenómeno de la prescripción a partir del reconocimiento pensional, en consideración a que se trata de un derecho autónomo, donde se deben acreditar requisitos ajenos a la pensión para acceder a él y únicamente subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, así la pensión se siga pagando, tal y como lo establece el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990.

Como en este caso, de acuerdo con lo ya indicado en esta sentencia, el derecho del demandante a percibir el incremento del 14% por cónyuge a cargo se encuentra prescrito, hay lugar a confirmar la sentencia recurrida pero por distintas razones a las expuestas en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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



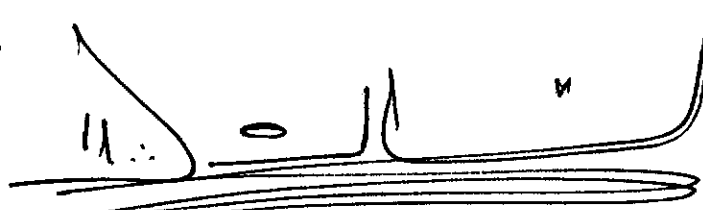
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de julio de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.


**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

Notifíquese y cúmplase,

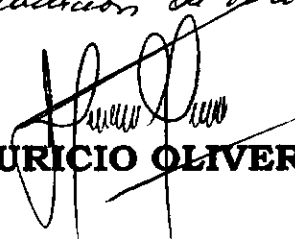
Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
*calificación de voto*



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: FERNANDO ALBERTO CABRERA ROJAS

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2018 00477 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER.

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

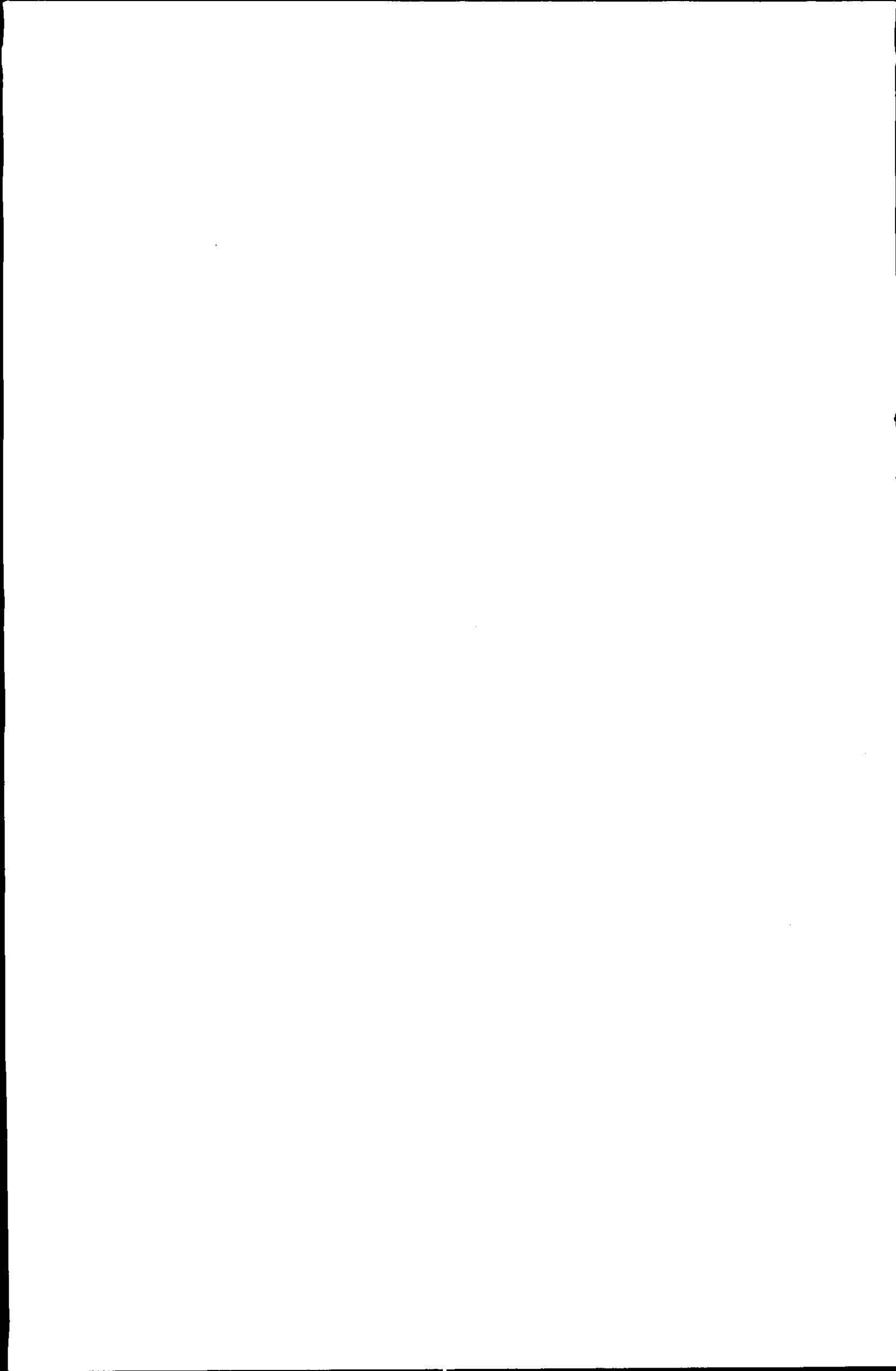
La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.

  
**ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada







República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **JOSÉ ARNULFO COGUA CÁRDENAS** en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR SA.**

**EXP. 11001 31 05 023 2019 00014 01**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC., y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de la afiliación realizada el 21 de mayo de 1994 a Porvenir, por existir engaño y asalto en su buena fe, para trasladarse del régimen pensional al cual pertenecía; en consecuencia, se condene a

Colpensiones a recibirlo y afiliarlo nuevamente como si nunca se hubiera trasladado y que ambas demandadas reconozcan y paguen los intereses generados por la «demora injustificada en la no autorización del traslado» de régimen desde el 21 de mayo de 1994 hasta que se verifique la devolución total de los aportes pensionales, y la indexación de dichas sumas (f.º 4).

Sustentó sus pretensiones en que cotizó en el extinto ISS desde el 4 de julio de 1973 hasta el 17 de enero de 1994; el 21 de mayo de 1994 los asesores de Porvenir SA, motivaron el traslado de régimen pensional, bajo un acoso sistemático y ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener en el régimen de prima media con prestación definida, sin explicarle que ello generaría que perdiera los beneficios adquiridos con el ISS; en el régimen de ahorro individual con solidaridad tiene 1028 semanas cotizadas a septiembre de 2018; el 16 de octubre de 2016 Porvenir le realizó una proyección pensional a través de la cual le informaron que su mesada pensional sería de \$781.243; el 18 de octubre de 2018 solicitó tanto a Porvenir como a Colpensiones, el traslado de régimen, lo cual fue negado por contar con 63 años de edad (f.º 4-7).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 4 de marzo de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 65).

**Porvenir SA**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 83-89).

**Colpensiones**, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación (f.º 105-112).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 79, vto).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de agosto de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, en consecuencia, condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, sin descuento alguno, impuso costas a cargo de Porvenir; declaró que el demandante se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, para todos los efectos y declaró no probadas las excepciones propuestas.

En lo que interesa a la alzada, consideró que la demandada no allegó ningún elemento probatorio con el propósito de acreditar que le había suministrado al demandante la información completa, veraz, precisa, suficiente y necesaria, pues solo aportó la afiliación al RAIS, por ende, no cumplió con el deber de información, aunado a que el engaño también se produce respecto de los silencios guardados y en el presente proceso, tampoco se realizó una proyección general

respecto de su régimen pensional. Adujo que esta clase de procesos no están llamados a prescribir, dado que tienen repercusiones importantes en el goce del derecho a la pensión de vejez y a la seguridad social (f.º 136, 137, 141).

#### IV. RECURSOS DE APELACIÓN

**Porvenir SA**, sostuvo que la sentencia 31989 de 2008 no puede ser aplicada a todos los casos, porque el demandante tenía 31 años de edad al momento del traslado, por lo que le faltaba toda una vida laboral para consolidar su derecho pensional y el traslado de régimen lo hizo con voluntad y libertad, aunado a que en el interrogatorio de parte admitió haber recibido una asesoría en forma verbal, además de haberse acreditado su consentimiento con el formulario de vinculación, el cual cumple con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. En todo caso, no se puede imponer la obligación de trasladar los gastos de administración, porque sí hubo una asesoría verbal, sin perder de vista que se configura un enriquecimiento sin justa causa, porque de no haber estado el demandante en el régimen de ahorro individual, no se hubieran generado los rendimientos financieros que hoy goza.

#### V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si el traslado de régimen pensional del demandante, estuvo viciado de nulidad, por falta de información suficiente.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 3 de julio de 1955 (f.º 58); **ii)** cotizó al extinto

ISS entre el 4 de julio de 1973 hasta el 17 de enero de 1994, 612.71 semanas (f.º 14-19, 119-123); **iii)** que el 21 de mayo de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde 1º de junio de 1994 (f.º 46, 91, 92), donde actualmente se encuentra vinculado con un total de 1827 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.º 20 a 36 y la certificación de f.º 90.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º

del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de afiliación' de la afiliación a fondo de pensiones obligatorias n.º 142891 diligenciado el 14 de febrero de 2002, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que realizo **en forma libre, espontánea y sin presiones** la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 46, 91).

De manera que se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Porvenir SA, fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Porvenir.

Lo anterior por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los fondos de pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones

que se reitera, fueron aceptadas por el demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que el demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la AFP, en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 136-141), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el RAIS, porque admitió que recibió una asesoría grupal por parte de Porvenir SA en mayo de 1994, en la empresa de transporte para la cual trabajaba para esa época; que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba la solidez, obtener una pensión mejor ya que el ISS sería liquidado. Aceptó haber recibido los extractos de sus aportes por parte de Porvenir, y que hasta hace poco inició investigaciones para indagar acerca de su situación pensional. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios

del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que el demandante fue asesorado y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir, ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 7-11) y del fallo de primera instancia-, tal y como lo sostiene la apelante, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada al demandante, ni era



evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas (612.71 – f.º 14-16, 119-123), y la edad cumplida a la fecha de traslado (39 años – f.º 58), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió el *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 23 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 50% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Porvenir, informarle al demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 52 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 9 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen

de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque el demandante nunca fue beneficiario del régimen de transición, porque contaba con 38 años de edad y 612.71 semanas de cotización a 1º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 3 de julio de 2007 y no lo hizo; sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Porvenir SA, mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 101, 102).

Por ende, el afiliado no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se

considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además, en las reseñadas providencias de 2019 se analizaron también asuntos en los que los traslados significaron la pérdida del régimen de transición para los afiliados, y aunque se mencionó en las consideraciones de las decisiones, que ese hecho no resultaba relevante de cara a la información que debía suministrarse al afiliado y al traslado de la carga de la prueba respecto de la misma, conforme a las aclaraciones de voto de 2 de los 4 magistrados que las tomaron, se advierte que sí resulta relevante, y que, solo en esos eventos en los que se acredita el perjuicio por ese hecho, se traslada la carga de la prueba respecto a la información otorgada previo al traslado de régimen por la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad

para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, el demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en mayo del año 1994, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Sin que sea viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Porvenir SA.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por el demandante, quien ese encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por **JOSÉ ARNULFO COGUA CÁRDENAS**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo del demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Angela Lucia Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

*Hernán Mauricio Oliveros Motta*  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

*SALVO VOTO*



## SALVAMENTO DE VOTO

**Demandante:** José Arnulfo Cogua Cárdenas

**Demandado:** Colpensiones y otros

**Radicado:** 110013105 023 2018 00014 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme lo dispone el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “expectativas legítimas” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el



intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión**, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con la suscripción del formulario de afiliación, con lo dicho en el interrogatorio de parte y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **MARÍA RUBIELA AMAYA DE CRUZ** y **JUAN DE DIOS PUERTA ESCOBAR** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

**EXP. 11001 31 05 015 2018 00570 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 14 de agosto de 2019, dictada por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretenden los demandantes, que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión familiar en su condición de

compañeros permanentes, junto con el retroactivo desde que se realizó la primera solicitud y los intereses corrientes y de mora.

Sustentaron sus pretensiones, en que casi toda su vida se han desempeñado como trabajadores independientes, por lo cual solo cotizaban a salud. Adujeron, que en el año 2001 empezaron a cotizar para pensión. Dijeron, que el 11 de abril de 2016, presentaron solicitud de pensión familiar, y que mediante Resolución n.º 188474 del 27 de junio de 2017, la misma fue negada por no haber cotizado antes de los 45 años, el 25% de las semanas necesarias para acceder al derecho. Sostuvieron, que el referido acto administrativo fue confirmado en la Resolución n.º 268638, que resolvió el recurso de reposición (f.º 3 a 11).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 8 de noviembre de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 49), quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con sustento en que una vez revisada la historia laboral se evidencia que el actor para el 25 de diciembre de 1998, fecha en que cumplió los 45 años de edad, no cuenta con semanas de cotización debido a que las mismas se registraron a partir del 1.º de agosto de 2001. Y en el caso de la actora, aquella tampoco reúne las 250 semanas requeridas por la norma, por lo que no es posible acceder al reconocimiento y pago de la pensión familiar. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó "*Prescripción*", "*Presunción de legalidad de los actos administrativos*" e "*Inexistencia de la obligación*" (f.º 52 a 56).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 14 de agosto de 2019, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra por los demandantes.

Para arribar a las anteriores conclusiones, el *a quo* señaló que no era posible acceder al reconocimiento pensional pretendido, debido que las disposiciones aplicables exigen para su causación, que las personas que pretendan ser beneficiarias deben haber cotizado a lo menos el 25% de las semanas con anterioridad a los 45 años, y en el caso de los demandantes, cuando arribaron a dicha edad en el año 1998, no reportaban ninguna semana de cotización, pues la primera se verificó solo hasta el 1.º de junio de 2001.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación que sustentó en que a pesar de que en la Ley n.º 1580 de 2012 y en el Decreto n.º 288 de 2014, se establecen los requisitos para el reconocimiento de la pensión familiar, para resolver el asunto bajo examen se deben tener en cuenta las condiciones de modo, tiempo y lugar de los accionantes, teniendo en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-559-2011 y T-370-2018.

### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si los demandantes cumplen o no los requisitos para ser beneficiarios de la

pensión familiar prevista en la Ley n.º 1580 de 2012, reglamentada por el Decreto n.º 288 de 2014.

Conforme al artículo 1.º de la Ley n.º 1580 de 2012, mediante la cual se adicionó un nuevo capítulo al título IV, libro I, de la Ley 100 de 1993, la pensión familiar está definida como aquella prestación que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges, o de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen solidario de prima media con prestación definida, o el régimen de ahorro individual con solidaridad, y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, previo el cumplimiento de todos los requisitos individuales contemplados en el artículo 151C *ibídem*, para el caso del primer régimen pensional mencionado, y reglamentados en el artículo 2.º del Decreto n.º 288 de 2014, a saber:

a. Estar afiliados ambos cónyuges o compañeros permanentes al régimen solidario de prima media con prestación definida, al momento de la solicitud pensional.

b. Haber cumplido los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, contemplada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, siempre que dicha indemnización no hubiese sido pagada.

c. Sumar entre los potenciales beneficiarios, como mínimo, el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, que reformó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

d. Haber cotizado a los 45 años de edad, el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, con base en el año del cumplimiento de la edad, conforme a la tabla que fue descrita en el decreto como criterio orientador.

e. Haber acreditado 5 años de relación conyugal, o convivencia permanente. Este literal fue estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-504 de 2014, y en virtud de tal pronunciamiento fue excluido del ordenamiento jurídico el requisito de iniciar la convivencia permanente antes de haber cumplido la edad de 55 años.

f. Estar clasificados en los niveles I y II de la encuesta SISBEN, al momento del cumplimiento de la edad pensional, de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio del Trabajo, los cuales fueron reglamentados con la Resolución n.º 1708 del 13 de mayo de 2014, estableciendo que de 0 – 41,90 corresponde a nivel I.

En el presente caso, se tiene que los demandantes acreditaron los requisitos contemplados en los literales a), b) c), e) y f), concretamente, *i*). La afiliación al régimen de prima media con prestación definida según las historias laborales que reposan en el plenario (f.º 41 a 43 y 57 Cd. Exp. Advo.); *ii*). Las condiciones del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, de edad pensional (f.º 12 y 13) y no cuentan con las semanas mínimas para para acceder a una pensión de vejez por cuanto a ninguno de los dos, cumple por separado las exigencias de densidad de semanas a la luz de lo estatuido en la Ley 797 de 2003; *iii*). La acumulación del número mínimo exigido para la pensión de vejez regulada por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, toda vez que al contabilizar las semanas cotizadas, de uno y otro cónyuge, se tienen 732,86 semanas cotizadas por Juan de Dios Puerta Escobar (f.º 44 a 46) y 732,43 semanas cotizadas por María Rubiela Amaya de Cruz (f.º 41 a 43), de lo que se obtiene un total 1.425,29 semanas; *iv*). La acreditación de más de cinco (5) años de convivencia permanente, pues tal situación se deriva de las declaraciones extraprocesales rendida el 18 de febrero de 2016, por Leydi Yobana Cruz Amaya y Ángela Johana Torres Cruz, quienes afirmaron, respectivamente, ser la hija y la nieta de María Rubiela

Amaya de Cruz, y señalaron que aquella convive en unión marital de hecho con Juan de Dios Puerta Escobar, con quien comparte techo, lecho y mesa desde el 29 de agosto de 1998, y, *v*). Al momento del cumplimiento de la edad pensional, de acuerdo con los cohortes definidos por el Ministerio del Trabajo, los demandantes se encontraban dentro del rango del nivel uno por contar con un puntaje equivalente a 22,85, tal como se desprende de la información extraída de la página web <https://www.sisben.gov.co/atencion-al-ciudadano/paginas/consulta-del-puntaje.aspx>.

No obstante lo anterior, no es posible predicar la misma situación respecto del supuesto previsto por la norma en el literal d), ya que tal como lo advirtió el *a quo*, María Rubiela y Juan de Dios, para el 20 de marzo de 1998 y el 25 de diciembre de 1998, fecha en la que en su orden alcanzaron los 45 años de edad, no reportaban afiliación al sistema general de seguridad social en pensión, pues esto se verificó en ambos casos solo hasta el año 2001, de ahí que no era viable que acumularan el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez.

Requisito este que no podría obviarse en los términos solicitados en la demanda y en el recurso, como quiera que la disposición legal en cita, no admite interpretaciones diversas a la derivada de su tenor literal; además se encuentra vigente y no ha sido declarada inconstitucional.

De manera que, al no acreditarse los requisitos exigidos por la Ley n.º 1580 de 2012, reglamentada por el Decreto n.º 288 de 2014, no es viable acceder al reconocimiento de la pensión de familiar y, por lo mismo, habrá de confirmarse la sentencia absolutoria objeto de impugnación.



Sin costas en esta instancia.

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

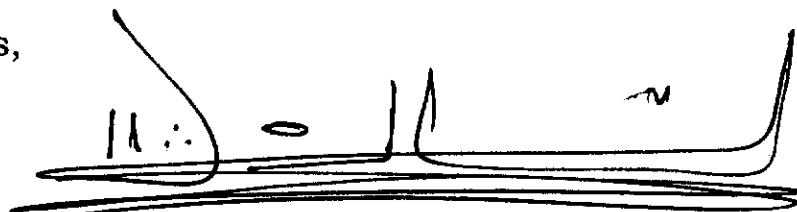
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

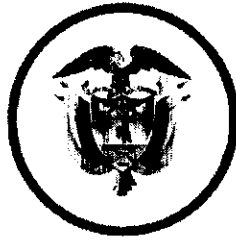


**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Ángela Lucía Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

*Hernán Mauricio Oliveros Motta*  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ALBERTO CABRA CRUZ** en contra de **ACERTAR SE LTDA SOLUCIONES EMPRESARIALES EN GESTIÓN HUMANA Y SALUD OCUPACIONAL.**

**EXP. 11001 31 05 034 2018 00333 01**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 16 de octubre de

2014 y el 10 de agosto de 2017, que terminó por mutuo acuerdo entre las partes; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de cesantías de todo el tiempo laborado, vacaciones desde el 16 de octubre de 2016, prima de servicios desde el 1.º de julio de 2017, salario de los 3 últimos meses laborados (junio, julio y agosto de 2017) y la moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo (f.º 11, 12).

Sustentó sus pretensiones, en que suscribió un contrato de trabajo con la demandada el 16 de octubre de 2014, con el fin de desempeñarse en el cargo de Asesor Riesgos Laborales, con un salario inicial de \$1.800.000 mensuales; el vínculo se terminó por mutuo acuerdo el 10 de agosto de 2017, sin que la demandada pagara las acreencias reclamadas por lo que la citó a una conciliación ante el Ministerio de Trabajo, no obstante, en diligencia del 2 de octubre de 2017, el empleador manifestó la imposibilidad de cancelar tales rubros (f.º 10, 11).

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 17 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la parte demandada (f.º 16), quien contestó con oposición, dado que desde el en el año 2016, la empresa empezó a tener problemas en el cumplimiento de los compromisos adquiridos con los clientes, lo que ocasionó la disminución de los mismos y de las horas de las asesorías, por lo que tuvieron que aceptar el retiro de los colaboradores o la terminación de los contratos de trabajo; no obstante, siempre se pagaron las prestaciones sociales, incluso al demandante a quien no se le renovó el contrato de trabajo y recibió el último pago el 14 de enero de 2018. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho pretendido y cobro de lo no debido (f.º 29-34).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 12 de agosto de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de octubre de 2014 y el 10 de agosto de 2017, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador; en consecuencia, condenó a la demandada al pago de los salarios causados y no pagados para los meses de junio y julio de 2017 por \$210.000, más las costas y la absolvió de las demás pretensiones.

En lo que interesa a la alzada, consideró que de f.º 45 a 61 se acreditó el pago de los salarios reclamados, quedando un saldo insoluto a favor del demandante, y que la empresa actuó de buena fe, en la medida en que pagó las prestaciones adeudadas y los salarios en forma fraccionada, sin que las hubiera desconocido, pues buenamente pagó lo que creyó deber al trabajador; aunado a que la compañía estaba atravesando una crisis económica que era de pleno conocimiento del demandante y que acreditó pagar siempre a tiempo sus obligaciones, así como avisar a los trabajadores que los pagos finales se iban a demorar por la situación económica de finales del año 2016, sin pasar por alto que la fórmula conciliatoria ofrecida al demandante en la citación realizada ante el Ministerio de Trabajo, no fue aceptada por este (f.º 76-79).

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante**, presentó recurso de apelación con el argumento de que se debe acceder al pago de la indemnización moratoria reclamada, dado que el demandado tenía la plena convicción de que debía sumas de dinero, tanto es así que fue realizando pagos parciales, de manera que con tal proceder se

encuentra acreditada la mala fe con la que actuó, porque debió pagar los saldos insolutos, aunado a que como trabajador no tiene por qué asumir la mala situación económica por malos manejos que atravesó la empleadora, quien no buscó una solución alternativa para no desfavorecer a los trabajadores; sin perder de vista que la demandada tuvo conocimiento de la demanda y no se acercó a pagar. Solicita además, se aumente el monto de las costas a las que condenó a la compañía.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico verificar si hay lugar o no a imponer la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y si es viable, aumentar el monto de las costas.

En lo que atañe a esta indemnización moratoria, valga recordar que, para establecer su procedencia, de antaño la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido que se debe estudiar en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertados, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ SL12854-2016).

Considera la Sala, que en este caso no es procedente la imposición de esta indemnización, en la medida en que no se vislumbró mala fe por parte de la demandada, como para tratar de burlar los derechos laborales de Alberto Cabra Cruz, en la medida en

que tanto con el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, como con las declaraciones de los testigos Alba Victoria Páez Páez, y John Gómez Gómez, compañeros de trabajo del actor, se acreditó que la empresa siempre pagó la remuneración mensual pactada, así como las prestaciones sociales a favor de todos los trabajadores, excepto para finales del año 2016, dado el conocimiento que tuvieron de la situación económica por la que atravesó la compañía.

Sin embargo, adujeron al unísono que, en aquella época, en cuestión de salarios se les realizaba un abono y después se les daba el resto del sueldo, y que incluso la empresa les informó a través de correos electrónicos que les pagaría la seguridad social sobre el ingreso base de cotización que había sido pactado, sino sobre uno menor, dado que les explicó que lo importante era pagar ese concepto y que los trabajadores tuvieran cobertura, lo cual corrobora la información que arrojan los correos electrónicos impresos visibles de f.º 62 a 67, dirigidos por la Gerente General a los trabajadores de la compañía, incluido el demandante, en el que les indicó que debido a los dineros que ingresaron entre junio y agosto de 2017, los sueldos no les serían cancelaron en forma completa, pero de manera equitativa para todos, y que posteriormente pagarían los saldos pendientes; montos que en efecto recibieron los trabajadores como así lo aceptaron ante el estrado y también lo acreditó la compañía: y en forma individual para el demandante, con los comprobantes de nómina la liquidación de prestaciones sociales y las constancias de consignación que obran de f.º 45 a 52.

A lo anterior, se agrega que a pesar de que quedaron unos saldos insolutos en favor del demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo, la demandada no los desconoció porque en la diligencia celebrada el 2 de octubre de 2017 ante el Inspector 8.º de Trabajo de la Dirección Territorial de Bogotá D.C., la compañía

admitió deber \$3.067.453 al demandante, y ofreció una fórmula conciliatoria para pagar dicha suma por abonos, que el trabajador no aceptó, y por tal motivo, no se logró materializar la conciliación (f.º 7, 54, 55). Según el demandante no admitió tal aspecto porque el interés que reconoció la compañía para el momento era del 1%.

No obstante, pese a que tal fórmula no fue aceptada por el demandante, la compañía continuó realizando abonos entre octubre de 2017 y enero de 2018, a la cuenta de ahorros de titularidad del demandante en el banco BBVA, como dan cuenta los comprobantes visibles de f.º 56 a 58, y la aceptación de tal suceso por parte del demandante, en el interrogatorio de parte.

De manera que, sin desconocer lo establecido en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a que los trabajadores no pueden asumir el deterioro económico de la empresa, y que jurisprudencialmente se ha establecido que la crisis económica o el estado de liquidez de una empresa, no la exonera de las sanciones moratorias (CSJ SL, 3 may. 2011 rad. 37493 y SL, 24 ene. y 24 de abr. de 2012 rad. 37288 y 39319), no se puede olvidar que el saldo insoluto al que fue condenada la demandada, tuvo amparado en la firme convicción de no deberle nada más al demandante, porque tenía la plena seguridad de haber cancelado todo, con los abonos realizados con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo y hasta enero de 2018; aquí con las probanzas acabadas de reseñar y analizar, quedó acreditado la buena fe con la que actuó la demandada con el fin de poder finiquitar la deuda que tenía con su ex trabajador.

Así las cosas, resulta obligada la Sala a **confirmar** la sentencia apelada.



Finalmente, en lo que tiene que ver con el reparo efectuado por el demandante en relación con el monto que señaló la *a quo* para las costas procesales en su favor, debe señalarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, no es esta la oportunidad procesal pertinente para lograr un aumento en la condena por este aspecto.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo considerado.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



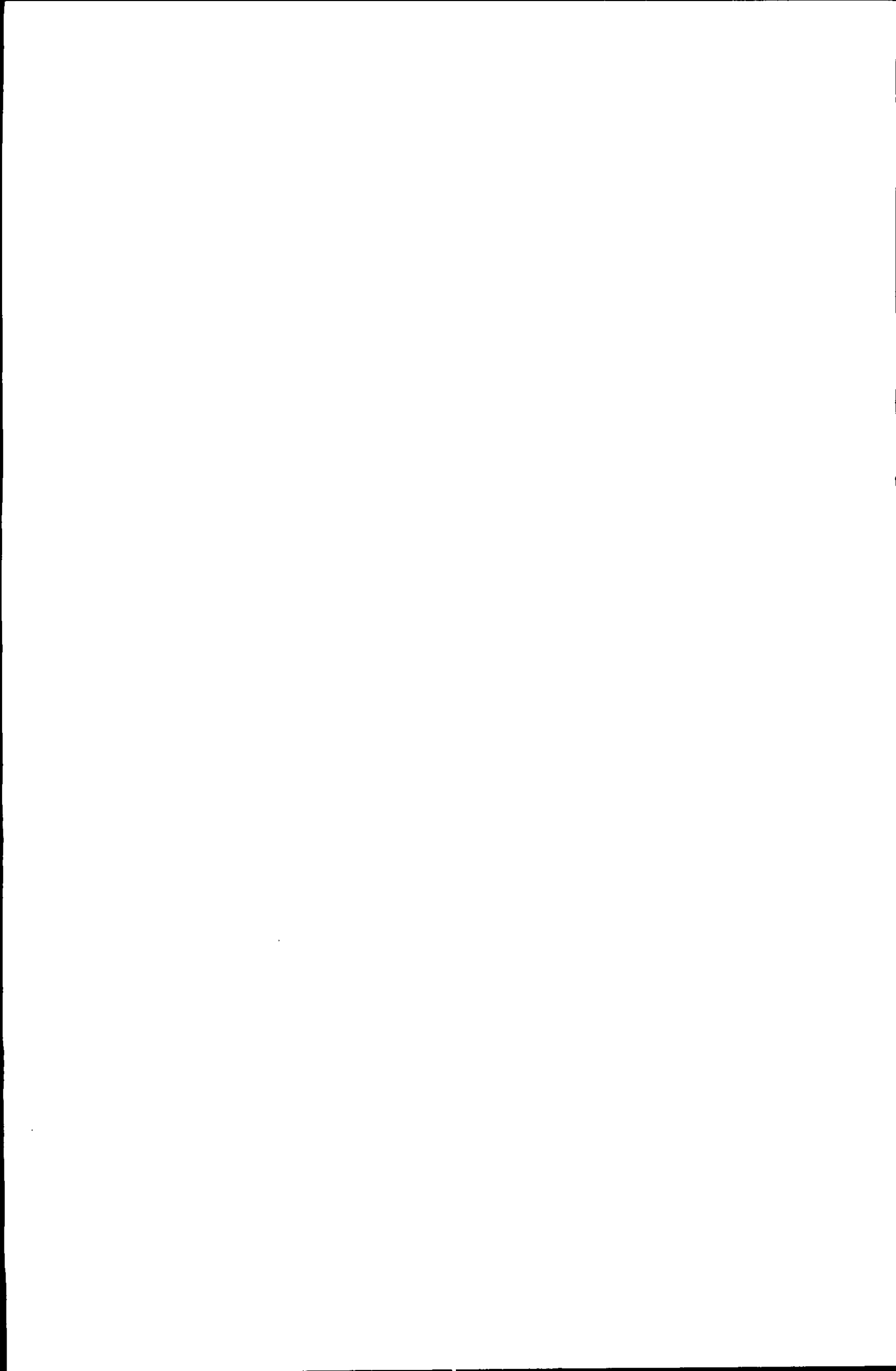
**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **HUGO HERLENDY RUIZ CABRERA** contra **CANAL CAPITAL**.

**EXP. 11001 31 05 026 2018 00123 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 13 de agosto de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretende el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo que inició el 9 de noviembre de 2013 y terminó el 15 de enero de 2017, en consecuencia se condene al pago de prima de servicios, prima de navidad, cesantías, intereses a las

cesantías, vacaciones, los valores insolutos por concepto de Caja de Compensación, junto con la sanción por no consignación de las cesantías, la afiliación y pago de aportes a seguridad social teniendo en cuenta el verdadero salario devengado y la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, en subsidio de esta la indexación de los valores reclamados.

Sustentó sus pretensiones, en que prestó sus servicios de manera ininterrumpida para Canal Capital, desde el 6 de marzo de 2009 hasta el 15 de enero de 2017, mediante múltiples contratos de prestación de servicios. Adujo, que durante dicho tiempo, prestó sus servicios de manera personal y bajo continuada subordinación ejerciendo sus funciones como apoyo técnico para la unidad móvil, las cuales eran susceptibles de ser desarrolladas por trabajadores con contrato laboral directo, estaban encaminadas al desarrollo del objeto social y se verificaban de acuerdo con las indicaciones dadas desde las instalaciones de la encartada. Sostuvo, que se le pagó por sus servicios las cantidades pactadas en los contratos, de manera mensual, con la exigencia previa de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social. Dijo, que de acuerdo con los requerimientos de sus jefes o supervisores inmediatos debía presentar informes escritos de manera diaria, mensual, semanal, etc. Mencionó, que la demandada le adeuda los valores reclamados y que el 26 de julio de 2017, presentó derecho de petición, el cual fue negado mediante oficio con radicado n.º 001375 del 17 de agosto de 2017 (f.º 117 a 129).

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda el 28 de agosto de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 131), quien dio contestación con

oposición a las pretensiones, tras señalar que de acuerdo con la normatividad vigente el vínculo que existió con el demandante, se encuentra reflejado en las diferentes órdenes de prestación de servicios que se suscribieron para el cumplimiento del objeto contractual, de acuerdo con las características, elementos y requisitos previstos en la disposiciones que rige ese tipo de contratos en la entidad. En su defensa, formuló las excepciones de fondo que denominó *“Legalidad de la actuación de Canal Capital”*, *“Inexistencia del contrato laboral aducido por el demandante”*, *“Cobro de lo no debido”* y *“Prescripción”* (f.º 134 a 147).

**III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a las anteriores conclusiones, el *a quo* señaló que con el material probatorio recaudado en el plenario, era factible concluir que pese a que el promotor del proceso afirmó que existió una relación de carácter laboral, en la que según su dicho, cumplía un horario determinado y devengaba un salario de los servicios prestados, se probó que el valor de los contratos comprendía una suma por concepto de alquiler de equipos y otra por operación de las mismas, lo que demostraba que estos eran de propiedad del contratista y no del Canal Capital, circunstancia corroborada por el contratista y por los testigos, quienes afirmaron que si se dañaba una de las cámaras, era el actor quien debía conseguirlas por cuanto esto hacía parte del negocio, es decir, hacía parte de los servicios que habían sido contratados.

De otra parte, y respecto de los horarios de trabajo, señaló que

al margen de que se haya comprobado que la encartada programaba través de las planillas los turnos que serían asignados en la mañana o en la tarde, según se requiriera, se debía tener en cuenta que en los contratos de prestación de servicios es posible dirigir el cumplimiento de un horario para el desarrollo del objeto pactado, lo que per sé no constituye una subordinación.

Añadió, que no podía desconocerse que el demandante tenía la facultad de escoger y nombrar a su asistente, a quien él mismo contrataba, y que a su vez, asumía los gastos que esto conllevaba, lo cual denotaba igualmente que lo que se presentó fue un contrato de prestación de servicios y no un contrato de trabajo, lo anterior, por cuanto era autónomo en escoger a las personas que quería que le ayudaran en la prestación del servicio, sin que el Canal Capital tuviera injerencia en ello.

Estimó igualmente, que con la certificación aportada por la demandada visible a folio 159, se constataba que las actividades desarrolladas por el reclamante no eran desarrolladas por personal de planta del canal, situación que fue confirmada por el Señor José Agustín Suarez.

Por todo lo anterior, concluyó que el extremo pasivo logró acreditar la existencia de un vínculo de naturaleza civil, como es el de prestación de servicios, tal y como se expone en la contestación de la demanda.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si entre las partes surgió un verdadero contrato de trabajo vigente entre

el 9 de noviembre de 2013 y el 15 de enero de 2017, en caso afirmativo se analizará la procedencia en el pago de las acreencias reclamadas.

Se considera mencionar que de acuerdo con el artículo 1.º del Acuerdo 19 de 1995, del Concejo de Bogotá D.C. la entidad demandada se encuentra organizada como Empresa Industrial y Comercial del Estado perteneciente al orden distrital, por lo que la existencia del contrato de trabajo, debe analizarse a la luz de lo consignado en el Decreto 2127 de 1945.

El artículo 2.º del Decreto 2127 de 1945 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos a saber: la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto al empleador y un salario como retribución al servicio.

El artículo 3.º *Ibidem*, prevé que reunidos esos tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones peculiares del empleador, persona jurídica o natural, ni por las modalidades de la labor, ni del tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza, ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera.

Y el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, establece que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a la demandada derruir dicha presunción, desvirtuando el elemento de subordinación para desacreditar la relación laboral.

En este caso, no es objeto de discusión la prestación personal de los servicios del actor en el desarrollo de actividades de camarógrafo, en los periodos comprendidos del 27 de marzo al 26 de septiembre de 2007, y del 9 de junio de 2011 al 30 de diciembre de 2016, en el que mediaron algunas interrupciones. Circunstancia que además, es verificable con la certificación vista a folios 28 a 36 y de los contratos que militan a folios 37 a 96, y las declaraciones rendidas por los señores Luis Fernando Cuesta y José Agustín Suárez, quienes afirmaron haber prestado sus servicios para la encartada, el primero desarrollando la misma labor y el segundo como jefe técnico de las unidades móviles de Canal Capital.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que aunque en el presente caso operó a favor del demandante la presunción legal de la naturaleza contractual laboral, concluye esta Colegiatura, así como lo hizo el *a quo*, que la misma logró ser derruida por la demandada, pues se tiene que las probanzas arrimadas permiten denotar que existen mayores indicios que denotan la existencia de la figura del contratista independiente.

Esto así se considera, porque tanto con las órdenes de prestación de servicios, como con las declaraciones de las personas citadas como testigos y de los hechos admitidos en el interrogatorio de parte, se logra constatar que en virtud del objeto del contrato, el actor se obligó a alquilar junto con el equipo de grabación, conformado por la cámara, baterías, micrófonos, luces, trípode, etc., la operación de este, por medio de un recurso humano que estaba integrado por el camarógrafo y su asistente, para la realización y producción de los diferentes programas que conformaban la parrilla de programación del canal.



Así mismo, se patentiza que el demandante por su cuenta efectuaba la subcontratación del asistente, y tenía la facultad de elegirlo a su arbitrio, sin que para el efecto mediara la decisión de la entidad demandada; además, tenía arrojado el pago de la remuneración causada por la labor realizada por dicha persona, quien cumplía la función de cargar el equipo, las luces y direccionar los micrófonos, y a su vez, asumía los costos de reparación de los equipos, debido a que estos debían ser de su propiedad.

En cuanto a las obligaciones del contratista, es palmario que el servicio brindado por el actor atendía a un requerimiento de conocimientos especializados, pues por ejemplo, en algunas órdenes de prestación de servicios se estableció que debía aplicar su experticia en el tema de grabación de vídeo, con el fin de que los productos audiovisuales cumplieran la calidad requerida por el canal, y también que debía sugerir al director, realizador y productor, planos y productor planos que propendieran por el producto audiovisual.

Por último, se tiene que de acuerdo con la certificación emitida el 13 de diciembre de 2018, por Sandra Paola Montilla Morales, Profesional Universitaria de Recursos Humanos de la encartada, en ninguna de las modificaciones de cargos de la planta de personal que han existido en Canal Capital se han incluido los cargos de *“Camarógrafo de estudio”*, *“Operador de Cámara betacam”*, *“Operador cámara de reportería”*, *“Camarógrafo”* y *“Camarógrafo de reportería”*, y pese a que el deponente José Agustín Suárez, sostuvo que durante una época en el personal de planta de Canal Capital, había algunos camarógrafos, más adelante señaló que dentro de sus actividades no había alguna relacionada con procesos administrativos de contratación.

Condiciones que a juicio de esta Colegiatura denotan autogestión y autonomía en el servicio que era brindado por el actor a Canal Capital, sin que para desacreditar dicha conclusión baste la afirmación de los testigos relativa a que el actor estaba sujeto a unos turnos determinados por la pasiva, supuesto que también se desprende de los contratos adosados, en la medida en que ello es un elemento indicativo de la presencia de una relación laboral, pero no necesariamente la determina, ya que también puede darse en relaciones jurídicas independientes.

A lo que se suma, no existe la menor evidencia de la imposición de órdenes y reglamentos al gestor, porque si bien no se desconoce que el testigo Luis Fernando Cuesta sostuvo que debían solicitar permiso para ausentarse y que el creía que al demandante también le tocaba reponer dicho tiempo, sus afirmaciones resultan genéricas y carentes de precisión, pues se desconocen las condiciones de tiempo en que ello supuestamente se verificó.

En consecuencia, al haberse desvirtuado la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo, no queda más que confirmar la sentencia consultada. Sin costas en el grado jurisdiccional de ocnsulta.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de agosto de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Ángela Lucía Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

*Hernán Mauricio Oliveros Motta*  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **LUÍS ENRIQUE MESA RODRÍGUEZ** en contra de **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ - ETB SA. E.S.P.** y de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

**EXP. 11001 31 05 016 2018 00129 01**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que las demandadas no pueden efectuar el descuento denominado “aportes 4% jubilados” de la nómina pensional, realizado desde el 29 de diciembre de 1999, y por tanto, deben abstenerse de hacerlo; en consecuencia se condene

a las demandadas reintegrar lo descontado por ese rubro hasta cuando cese dicho proceder, con la correspondiente indexación de los valores adeudados (f.º 57, 58).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, adujo que nació el 6 de octubre de 1956; laboró con la ETB S.A. E.S.P. por más de 20 años por lo que el 3 de diciembre de 1999, se acordó de manera mutua la terminación del vínculo laboral a través de conciliación surtida ante el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y el reconocimiento de una pensión de jubilación no convencional a partir del 29 de los mismos mes y año, quedando supeditada al reconocimiento de la pensión legal de vejez a cargo de Colpensiones.

Sostuvo, que desde que se reconoció la mencionada prestación no convencional, pese a que nunca efectuó autorización alguna, la ex empleadora ha venido realizando descuentos bajo la denominación “aporte 4% jubilados”, adicional a los descuentos por concepto de fondo de prestaciones salud 4%, entre otros, sin que para la modalidad de pensión anticipada establecida en las resoluciones n.º 11314, 11338 y 11388 de octubre de 1997, se haya pactado descuento alguno con destino al mencionado fondo; la pensión se reconoció hasta el 5 de diciembre de 2016, sin embargo, la ETB S.A. E.S.P., a partir del 17 de septiembre de 2013, de manera unilateral subrogó las obligaciones pensionales a su cargo, en cabeza de Positiva Compañía de Seguros S.A.; reclamó administrativamente el 28 de agosto de 2013 y el 25 de febrero de 2015, pero la petición fue negada por la ETB el 17 de abril de 2015 (f.º 58, 59).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de mayo de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 74).

**Positiva Compañía de Seguros SA**, contestó con oposición con el argumento de que el descuento a que hace referencia el demandante, se encuentra regulado en el numeral 14 del capítulo IV de la Convención Colectiva recopilada para el año 1994 y suscrita entre la ETB y Sintrateléfonos, aunado a que en virtud al contrato de conmutación pensional suscrito el 31 de julio de 2013, dicha aseguradora realiza el pago de las mesadas pensionales en los mismos períodos y montos que venía garantizado directamente la ETB; en su defensa invocó la las excepciones de inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, indemnidad, compensación y prescripción (f.º 100-108).

La **ETB S.A. E.S.P.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto los aportes a que se hace referencia tienen fundamento en los artículos 7.º de la Ley 4.ª de 1976 y 8 de la Convención Colectiva, en todo caso, el demandante ha sido beneficiado de los servicios ofrecidos por el Fondo de Prestaciones Sociales, que regula el artículo 53 del Reglamento Interno de Trabajo de la compañía. En su defensa propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa o sin causa legalmente justificada, ausencia de causa, legalidad, equidad y razón de ser justificada del aporte del 4% pensionados, y prescripción (f.º 110-124).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 75, vto).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC., en sentencia del 22 de junio de 2019, declaró probadas las excepciones de cobro de lo debido e inexistencia de la obligación propuestas por las

demandadas, a quienes absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que la pensión vitalicia de jubilación que percibe el demandante con base en el plan anticipado de pensiones de la ETB, tiene incorporados todos los beneficios legales y convencionales, al tenor de lo dispuesto en las Resoluciones n.º 11314 y 11338 de 1997, de manera que no es posible aislarla de la cláusula 14 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1994 ni del artículo 7.º de la Ley 4.ª de 1976, última norma que se mantiene vigente respecto de la extensión de beneficios extralegales a pensionados, como lo son los servicios brindados por el Fondo Para Prestaciones Sociales a que hace referencia el mencionado texto convencional, siendo necesario para percibirlos, que los trabajadores y pensionados beneficiarios efectúen un aporte que se traduce en el descuento efectuado mediante nómina, denominado para este caso en específico 'aporte 4% jubilados' (f.º 203, 204).

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante**, apeló con el argumento de que la convención colectiva no es aplicable a los pensionados y mucho menos a los beneficiarios de una pensión o de un plan de retiro voluntario, o un plan de pensión anticipada como lo es él, de manera que lo que incluye el fondo de prestaciones es para los trabajadores, no para los pensionados de la ETB, porque los pensionados de dicha entidad no tienen derecho a los servicios de salud o no tienen ese beneficio, salvo lo establecido en el POS; por ende, no es viable efectuar el descuento referenciado en la demanda, máxime cuando nunca ha manifestado la necesidad o su voluntad de ser beneficiario de dichas condiciones ofrecidas por el fondo, por ende, tampoco ha dado su aval para que la entidad efectúe los mencionados descuentos, tornándolos ilegales



y trayendo como consecuencia, que se ordene el reintegro de las sumas descontadas por concepto del 4% aporte jubilados.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de decisión tendrá como problema jurídico, el verificar si acertó o no el *a quo* al negar la devolución del descuento denominado «*aporte 4% jubilados*», o si por el contrario, es viable ordenar su devolución como lo pide el demandante.

No se discute dentro del presente proceso, que el demandante ostenta la calidad de pensionado de manera vitalicia por jubilación convencional a partir del 29 de diciembre de 1999, así lo aceptaron las partes, lo advirtió el juzgado y se constata con los documentos visibles de f.º 18, 40, 41, 127, 128, 182, 187, 188, 199-201 y CD f.º 186, en donde reposa no solo el acta de conciliación suscrita entre las partes el 3 de diciembre de 1999 ante el Juzgado 19 Laboral de este Circuito, sino la notificación del reconocimiento de la pensión voluntaria vitalicia de jubilación efectuada por la ETB S.A. E.S.P., de acuerdo con el plan anticipado de pensiones promulgado a través de unas resoluciones de 1997, directivas y adendos del año 1999, y unas certificaciones que indican que actualmente la percibe por parte de Positiva Compañía de Seguros, en virtud del contrato marco para la normalización pensional a través del mecanismo de conmutación pensional celebrado entre las empresas demandadas.

El Fondo de Prestaciones Sociales, según lo señalado por la ETB en su contestación, se creó desde 1944 y se incorporó al reglamento interno de trabajo e higiene a partir de 1949 en sus artículos 53 a 57 del capítulo XV (CD f.º 109 y 186), con el fin de crear una reserva

destinada exclusivamente a atender los siguientes beneficios especiales y extralegales: servicio médico, servicio odontológico, recompensas de retiro, recompensas de servicios, jubilaciones, auxilio para gastos de entierro, entre otros.

Con la documental que obra a folios 27 a 37, se establece que el descuento del 4% por concepto de aporte jubilados que se hace al demandante, tiene como destino el citado Fondo, lo que también se acredita con la Recopilación Convenciones Colectivas a 1994 allegadas por tanto por el demandante en físico, como por Positiva Compañía de Seguros y la ETB, en medio óptico (f.º 42 a 54, CD f.º 99 y 109, que dicho sea de paso, estaba vigente para la época en que se desvinculó el demandante, si se tiene en cuenta que culminó labores el 29 de diciembre de 1999 -f.º 199-201), se verifica en la cláusula 14, se estableció que el empleador aportará un porcentaje y los trabajadores deberán aportar el 4% de su salario para el mencionado Fondo, y en su párrafo se señala que la ETB tendrá su propio régimen prestacional para atender las prestaciones sociales de sus trabajadores, lo que de ninguna manera se trata de una disposición nueva, porque tal y como se colige de la cláusula 17 de la recopilación de la Convención Colectiva de Trabajo a 1984 (CD f.º 99), se observa que dentro de los porcentajes allí establecidos, existe una parte a cargo del personal de la empresa, y otra a cargo de la misma entidad.

De manera que, es viable concluir que ese tipo de aportes simplemente ayuda al sostenimiento del citado Fondo, y si bien en principio fue solo para los trabajadores activos, contrario a lo alegado por el apelante, posteriormente se incluyeron a los pensionados de la ETB, conforme con los artículos 1.º y 4.º de la Resolución n.º 3873 del 30 de mayo de 1988, expedida por el entonces Gerente de la ETB, que reglamenta la prestación de los servicios médicos al grupo

familiar de los trabajadores y pensionados, y se estableció en su artículo 2.º, su obligatorio cumplimiento para todas aquellas personas que teniendo derecho, *“deseen hacer uso de servicio médico – asistencial que ofrece la empresa.”* (CD f.º 109).

A través de la Resolución n.º 10477 del 15 de julio de 1996, el entonces Gerente autorizó la financiación de los saldos a cargo de los trabajadores y pensionados para la prestación de determinados servicios médicos, clínicos y medicamentos para la atención de los grupos familiares (CD f.º 109).

Significa lo anterior, que si los descuentos del 4% por concepto de aporte jubilados tienen como fin ayudar con el sostenimiento del Fondo de Prestaciones Sociales para que pueda proveer los distintos beneficios que presta de manera correlativa tanto a trabajadores como a pensionados; es decir, que para que los pensionados y sus familiares tengan derecho a los mismos servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios, especiales o extralegales, que los trabajadores activos de la ETB, lo obvio y razonable es que deben efectuar dicho aporte, descontado sobre su mesada con destino **exclusivo** al Fondo de Prestaciones Sociales, independientemente que haga uso de ellos o no.

Por ende, la población de pensionados tiene la facultad de elegir si hace o no el aporte, para hacer ser beneficiario o no de tales servicios, conforme lo contempla la Resolución n.º 3873 del 30 de mayo de 1988, de tal manera que si el actor lo desea puede petitionar que cese el descuento, esto es, que renuncia a tales beneficios quedando correlativamente extinguidas las prerrogativas especiales y extralegales que puede percibir junto con su grupo familiar por parte del Fondo de Prestaciones Económicas, dado que no tendría ningún sustento que no aporte el porcentaje que le compete pero sí disfrute

de esos beneficios, –sin colaborar con su financiación–, lo que recaería en un enriquecimiento sin causa del actor y en un detrimento de los aportes que sufragaban los demás pensionados y trabajadores en ese Fondo, e iría en contra del derecho a la igualdad en relación con tales obligados, porque como aquí se dejó sentado, para que un trabajador o pensionado sea acreedor de esas prebendas, debe soportar ineludiblemente el correspondiente aporte, lo cual ha sido establecido antaño en la normativa a la que se ha hecho referencia en esta providencia.

Es decir, si cesa el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo del demandante como beneficiario de tales servicios, se extingue como consecuencia de ello, todas las prerrogativas que podría percibir él y su grupo familiar por parte del Fondo de Prestaciones Económicas.

Conforme con lo dicho, se **confirmará** la sentencia apelada, sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

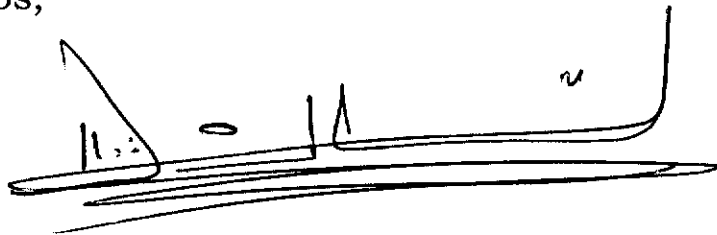
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'David A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

**DAVID A. J. CORREA STEER**

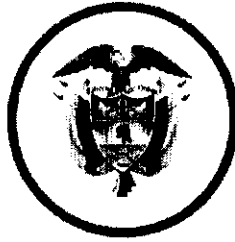
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', written over a horizontal line.

**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', written over a horizontal line.

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
 Sala Quinta de Decisión Laboral

**DR. DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **CARLOS ELOY RONQUILLO GÁMEZ, MARIO JÁCOME SAGRA, CARLOS IVÁN PÁEZ BLANCO, JORGE ENRIQUE CAICEDO PÉREZ, LUIS EMIGDIO GUERRERO ROMERO, OMAR OSWALDO BERNAL CIFUENTES, IGNACIO VILLAMIZAR IBARRA, LUIS IGNACIO ANTONILEZ VILLAMIZAR, JOSÉ OTONIEL CÁCERES JAIMES y ORLANDO ARENAS ALARCÓN** contra **UNIVERSIDAD LIBRE**.

**EXP. 11001 31 05 007 2018 00448 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 9 de agosto de 2019, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de esta ciudad, y proferir la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretenden los demandantes, que se declare ineficaz el contenido del parágrafo II de La cláusula 34 de La Convención

Colectiva de Trabajo celebrada entre la Universidad Libre y la Asociación de Profesores de la Universidad Libre - ASPROUL el 15 de diciembre de 1999; así como también, que como profesores de la Universidad Libre Seccional de Cúcuta tienen derecho a que se les reconozca la diferencia salarial causada a partir del 1.º de enero de 2000, teniendo en cuenta la remuneración devengada por los profesores de tiempo completo de la Universidad Libre Seccional Pereira; en consecuencia, se condene al pago de la diferencia salarial, junto con la reliquidación de las prestaciones sociales (legales y extralegales) causada desde el 1.º de enero de 2000, el pago del título pensional por el período en que no se canceló el valor real del salario y la indexación sobre las sumas que resulte deber la entidad.

Fundamentaron sus pretensiones, en que prestan sus servicios para la Corporación Universidad Libre Seccional Cúcuta, desempeñándose como docentes de tiempo completo. Dijeron, que en la Convención Colectiva suscrita el 15 de diciembre de 1999, entre la Universidad Libre y la Asociación de Profesores de la Universidad Libre - ASPROUL, en la cláusula 34, se consagró un incremento salarial, excluyéndose en el párrafo II a las seccionales Cartagena, Socorro y Cúcuta, por lo que devengaron sumas inferiores, al salario de los docentes de tiempo completo de las seccionales de Bogotá, Cali, Barranquilla y Pereira, lo cual se justificó en la situación financiera. Agregaron, que por su parte el artículo 29 de la Convención Colectiva suscrita el 5 de agosto de 2005, desmejoró en su salario a los docentes de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que existe una diferencia salarial entre los docentes de la Universidad Libre Seccional Cúcuta y los docentes de tiempo completo de la Seccional Pereira. Por último, mencionaron que sus prestaciones sociales se vieron



desmejoradas, pese a que ocupan el mismo cargo, funciones e intensidad horaria con respecto a los docentes de las seccionales de Bogotá, Barranquilla, Cali y Pereira. (f.º 244 a 257 y 449 a 464).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda y su reforma el 13 de agosto de 2018 y el 5 de febrero de 2019, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 259 y 474), quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con sustento en que la Universidad Libre y la Asociación de Profesores de la Universidad Libre – ASPROUL el día 13 de diciembre de 1999, firmaron la Convención Colectiva para la vigencia 2000-2001, cuyas cláusulas nunca fueron suspendidas, subrogadas, derogadas, sustituidas, modificadas o aclaradas por las partes que la suscribieron, por lo que la misma tuvo plena validez. A su vez, agregó que la Universidad dio estricto cumplimiento a cada una de las disposiciones del referido acuerdo, pagando salarios y demás emolumentos con sus respectivos incrementos legales y convencionales. En su defensa, propuso como excepciones de mérito las que denominó *“Inexistencia de las obligaciones que se demandan”*, *“Cobro de lo no debido”*, *“Inexistencia de derecho postulación para reclamar prestaciones sociales”*, *“Legitimación del acuerdo convencional”*, *“Buena fe de mi representada”* y *“Prescripción”* (f.º 270 a 283 y 475 a 490).

## III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia del 9 de agosto de 2019, absolvió a la Universidad Libre de todas las pretensiones formuladas en su contra por los demandantes.

Para arribar a tales conclusiones, indicó que aunque es cierto que en la cláusula convencional controvertida, se fijan condiciones disímiles de carácter salarial para los trabajadores de la Corporación Universidad Libre de las Seccionales de Cartagena, Cúcuta y Socorro, en cuanto al incremento salarial a partir del año 2001, esas fueron las que se pactaron de mutuo acuerdo entre los representantes de estos trabajadores, en el legítimo y pleno uso del derecho de libre asociación, libertad sindical y negociación colectiva, en este caso, el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Institución de Educación Nacional y de Trabajadores de la Universidad Libre, y esta misma corporación como empleadora.

Agregó, que no era factible concluir que se hubiera generado algún vicio o ineficacia que determine la prosperidad de las pretensiones de la demanda, ya que no se vulneró ninguna situación de carácter laboral de los docentes demandantes que pertenecen a otras seccionales diferentes a las mencionadas en el artículo 34 de la Convención Colectiva, y a su vez, la Universidad ha efectuado los pagos de acuerdo con lo convenido en ese pacto convencional firmado por el sindicato como representante de sus trabajadores, lo que se presume, fue de buena fe.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si hay lugar a declarar ineficaz el parágrafo II del artículo 34 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la Universidad Libre y la Asociación de Profesores de la Universidad Libre - ASPROUL y ordenar la nivelación salarial.

Recuérdese que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12814-2016, señaló:

*“Las diferencias salariales solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales-, existen otros basados en razones objetivas que explican el trato diferente en oposición a la proscrita discriminación. En esa dirección, durante décadas se ha mantenido la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte según la cual, es legítimo que existan diferencias en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas que no respondan al arbitrio del empleador o a odiosas diferencias originadas en el sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión Radicación n.º48297 12 política o filosófica del trabajador, tal y como lo prohíbe el art. 13 de la C.P. de 1991 y lo consagran los convenios 100 y 111 de la OIT ratificados por Colombia, a través de los cuales también se regula la igualdad y no discriminación retributiva en las relaciones de trabajo subordinado”.*

De igual manera, en sentencia CSJ SL17462-2014, expuso:

*“art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”.*

Y como se advirtió en precedencia, en el presente evento, la Universidad Libre tenía razones objetivas para no aplicar el incremento salarial configuradas en la situación financiera de la Seccional de Cúcuta, lo que se desprende de la intelección del parágrafo II, del artículo 34, de la Convención Colectiva de Trabajo y de los estados de resultados obrantes a folios 442 y 443, que denotan que, al 31 de diciembre de los años 1999 y 2000, dicha Seccional reflejaba pérdidas que ascendían a las sumas de \$441.720.391,58 y \$649.345.957,51, de ahí que no se pueda concluir que la misma, entrañó en realidad un acto discriminatorio o violatorio de los derechos mínimos e irrenunciables de los actores.

Se solicita por la activa la nivelación salarial, con base el incremento que fue establecido para los docentes de otras Seccionales en la cláusula 34 de la Convención Colectiva de Trabajo, de cuyo parágrafo II se pretende la ineficacia, por vulnerar la cláusula genérica de no discriminación, debido a que en el mismo se excluyó de manera expresa, a las seccionales de Cartagena, Socorro y Cúcuta de tal prerrogativa, con fundamento en la situación financiera de la Universidad (f.º 26 a 81)

Partiendo de lo anterior, es preciso indicar que en principio se evidencia que la cláusula debatida no se trata de una imposición unilateral de la Universidad Libre, ya que la misma es producto de un acuerdo convencional al que llegaron sus suscribientes, ejerciéndose así la garantía constitucional de negociación colectiva, aunado a ello, se tiene que los términos de dicha convención fueron conocidos por todas las partes, por lo tanto, se puede inferir que tiene plena eficacia, máxime que del texto se desprende que lo que se buscaba garantizar era la situación financiera de su empleador, existiendo entonces un hecho diferenciador frente a los trabajadores de otras Seccionales (f.º 442 a 443).

En consecuencia, al no estar acreditado que existió una discriminación respecto de los docentes de la Seccional Cúcuta, no hay lugar a acceder a lo pretendido, por cuanto no se aprecia que se desconociera lo dispuesto en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de los derechos ciertos e irrenunciables, en la medida en que el salario devengado no era inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de igual manera, la Convención no ha sido denunciada de conformidad con lo establecido esto en el artículo 479 *ibidem*.

Por tanto, como el razonamiento del juez de primera instancia resulta acertado, será confirmada la decisión consultada.

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

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

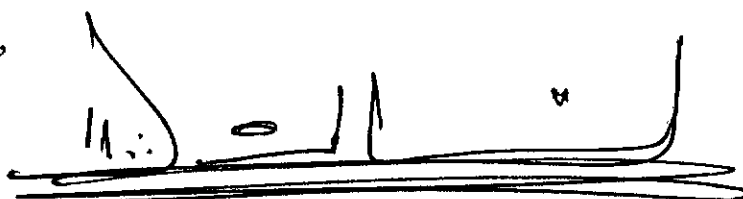
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de agosto de 2019, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de esta ciudad, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



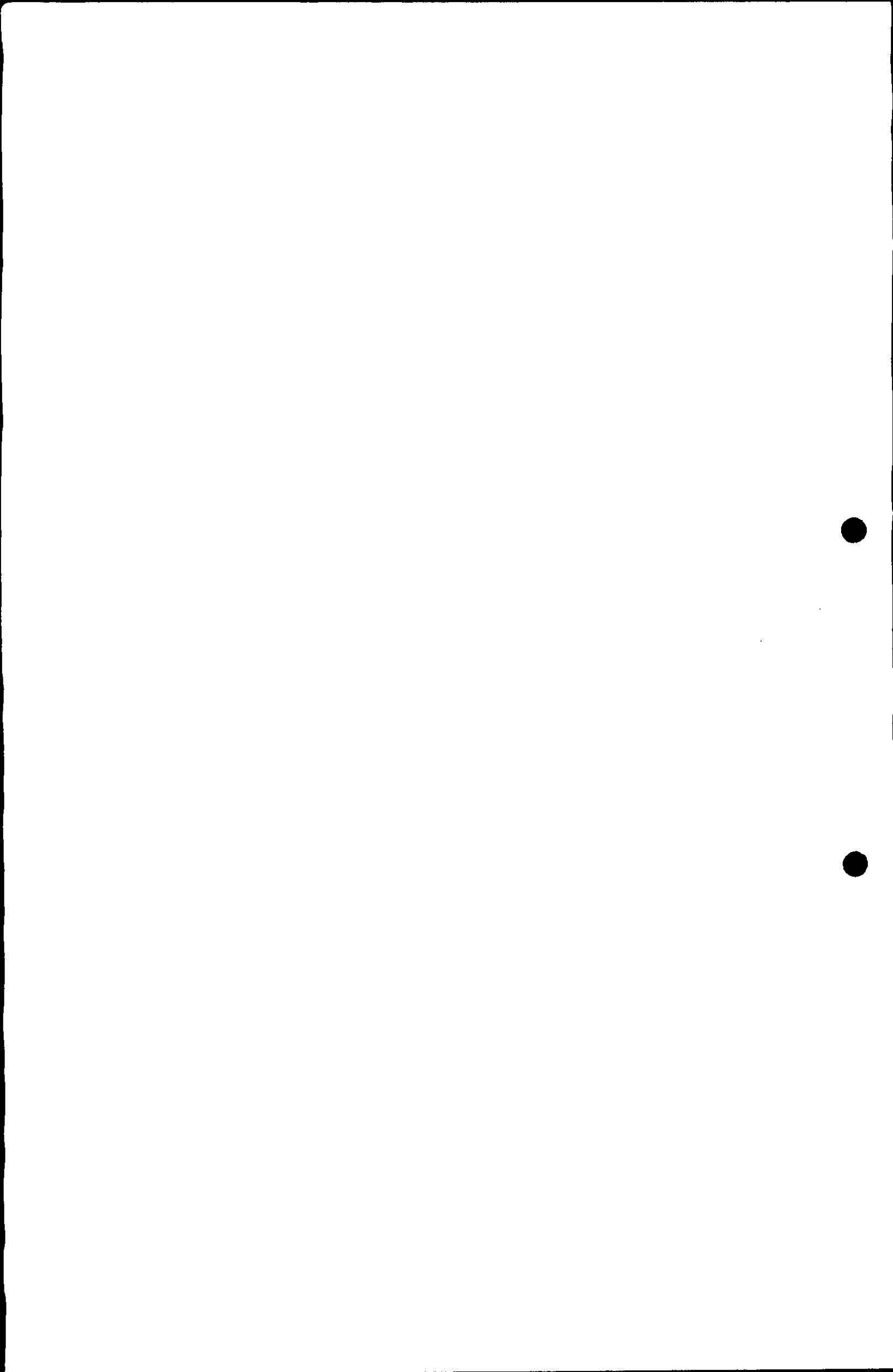
**DAVID A. J. CORREA STEER**

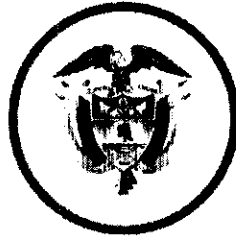


**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - SINTRAFUAC** en contra de la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - F.U.A.C.**

**EXP. 11001 31 05 024 2016 00443 01.**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el sindicato demandante contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2019, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió la organización sindical demandante, se declare que: **i)** suscribió una Convención Colectiva de Trabajo con la demandada, para el período 2011-2013, la cual para la fecha de presentación de la demanda se encontraba vigente; **ii)** el incremento salarial pactado en el artículo 1.º de dicho acuerdo fue el I.P.C. más alto entre el nacional y el distrital, más 2 puntos; **iii)** dicho incremento se prorrogó automáticamente por no haber sido objeto de denuncia por ninguna de las partes conforme el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, pidió que se condene a la demandada a reconocer y pagar a todos los trabajadores beneficiarios del convenio colectivo el mencionado incremento para los años 2014 a 2016, con retroactividad al 1.º de enero de cada año, junto con el reajuste o reliquidación salarial respectivo de esas anualidades y las subsiguientes mientras la citada convención esté vigente, más la reliquidación de las cesantías, de intereses a las cesantías, de primas de servicio, de vacaciones, del auxilio de transporte, de horas extras, de bonificaciones y de las demás acreencias extralegales causados entre los años 2014 a 2016, con retroactividad a la misma data (f.º 67-69).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, adujo que es un organización sindical de primer grado constituida desde 1976; ha suscrito varias convenciones colectivas con la demandada, siendo la vigente a la presentación de la demanda, la correspondiente al período 2011-2013, en la que en su artículo 1.º se establecieron unos incrementos salariales que deben ser aplicados desde el 1.º de enero de 2011, por lo que el que se debe hacer en el año 2014 es el atinente



al 4.43%, dado que el I.P.C. más alto fue el nacional de 2.43% a 31 de diciembre de 2013, para el año 2015 se debe aplicar el 5.66% y para el 2016 9.77%, y no los porcentajes que usó la demandada para incrementar anualmente los salarios de los trabajadores de tal beneficio, así que las prestaciones sociales legales y extralegales y demás acreencias laborales han sido pagadas con base en un salario incorrecto (f.º 69-72).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de mayo de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 79).

La **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE COLOMBIA**, contestó con oposición con el argumento de que la única Convención Colectiva de Trabajo que suscribió con la demandante fue el 25 de julio de 1997, que es la que se encuentra vigente y solo el 17 de septiembre de 2010 se pactó un acuerdo convencional que modificó la convención que regía solamente para los años 2011 a 2013 sin contemplan incrementos para años subsiguientes al margen de la prórroga de la convención; en su defensa invocó las excepciones de cobro de lo no debido y pleito anterior fallado entre las mismas partes y sobre el mismo asunto (f.º 95-102).

## III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de junio de 2019, absolvió a la demandada e impuso costas a cargo del sindicato demandante, tras considerar inicialmente para lo que interesa a la alzada, que no se dan los supuestos para declarar probadas las excepciones de pleito pendiente y de cosa juzgada respecto del proceso ordinario n.º 011 2014 00679 01 toda vez que

terminó y se archivó luego de que el Tribunal declarara probada la excepción de indebida representación por parte del sindicato, por ende, no se analizó de fondo.

Posteriormente, agregó que si bien la demandada no acreditó la denuncia del acuerdo convencional que estaba vigente entre los años 2011 y 2013, o la suscripción de algún documento que lo derogara, por lo que se encuentra prorrogada la convención, y lo cierto, es que en el artículo 1.º de dicha normativa, se pactó expresamente que los incrementos salariales solo se harían en este trienio de manera específica, y no para años posteriores, lo cual no resulta viable aplicar frente a este aspecto, por lo aducido en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime cuando la demandada acreditó el pago de los incrementos a los que se obligó (f.º 157-159).

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El **sindicato demandante**, apeló con el argumento de que no se tuvo en cuenta que en la Convención Colectiva de Trabajo, se pactó un incremento salarial en el artículo 1.º del I.P.C. más alto entre el nacional y el distrital, más 2 puntos, y que si bien la demandada lo hizo hasta el año 2013, el beneficio se prorrogó automáticamente por no haber sido modificado desde el 2011, ni objeto de denuncia por ninguna de las partes conforme el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto se debe acudir al principio de favorabilidad, porque esa fue la negociación que se hizo con la universidad y son derechos adquiridos de los trabajadores.

#### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de decisión

tendrá como problema jurídico, el verificar si el incremento salarial pactado en el artículo 1.º de la Convención Colectiva, se pactó para ser aplicado con posteridad al año 2014, o si el mismo se prorrogó automáticamente por no haber sido objeto de denuncia por ninguna de las partes conforme el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

SINTRAFUAC, es un sindicato de empresa de primer grado constituido en el año 1976 como da cuenta la documental que obra a f.º 18, 19; organización que el 19 de enero de 1993 suscribió una convención colectiva con la demandada para la vigencia 1993-1994 (f.º 33-54, 109-132), que dicho sea de paso se aportó con el lleno de los requisitos legales y jurisprudenciales (art. 469 del Código Sustantivo de Trabajo - CSJ SL8718-2014, SL21776-2017, SL265, y SL535 ambas de 2018).

Posteriormente, las partes integrantes de esta litis firmaron el 17 de septiembre de 2010, un acta final de la etapa de arreglo directo respecto del pliego de peticiones presentado por el sindicato, en cuyo artículo 1.º se pactó que *«la FUAC incrementará el sueldo básico a sus trabajadores a partir del 1.º de enero de 2011 en el IPC, más 2 puntos; a partir del 1.º de enero de 2012 en el IPC más 2 puntos; a partir del 1.º de enero de 2013 en el IPC más 2 puntos. Se tomará como referencia el IPC más alto entre el Nacional y el Distrital (Acta 10 y Acta 6)»* (f.º 26-30, 105-108); documento que no necesita ser depositado para que surtan los efectos queridos por las partes, pues no emanan de un conflicto colectivo de trabajo (CSJ SL2729-2015 y SL1805-2018).

Sin embargo, debe la Sala indicar, que de la forma en que se redactó este artículo, no puede entenderse prorrogado de manera sucesiva como lo dispone el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, al preverse sin lugar a dudas, como supuesto fáctico del reconocimiento de tal incremento, un límite temporal de 3 años, es

decir, entre 2011 y 2013, tal y como lo ha adoctrinado nuestro Órgano de Cierre, al verificar cláusulas convencionales similares a la que nos ocupa la atención atinentes a los incrementos salariales anuales pactados por sindicato y empleador (CSJ SL, 5 feb. 2009 rad. 33971 y SL, 7 nov. 2012 rad. 47625).

Así las cosas, el hecho de que la convención colectiva se haya prorrogado con base en la norma en cita, lo que dicho sea de paso admitió la demandada en su contestación, no conlleva que esa prórroga sea indefinida, y para todo el clausulado, porque en este caso, su vigencia se agota una vez cumplido el período especial de duración que fue determinado expresamente, no de manera general como parece entenderlo equivocadamente el apelante; de ahí que no le asista la razón al sindicato demandante, por cuanto el incremento en cuestión se pactó exactamente para los años 2011 a 2013, fijando el aumento salarial de cada anualidad contabilizada desde el 1.º de enero, sin que se pueda inferir del texto del reseñado artículo, que el ajuste salarial basado en el incremento del I.P.C. más alto entre el nacional y el distrital, más 2 puntos, lo sea para períodos subsiguientes al 1.º de enero de 2014 o de forma indefinida.

Aplicarle la prórroga automática del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo a dicha disposición convencional especial, sería tanto como imponer condiciones ajenas al acuerdo surgido entre las partes de la relación laboral, que en últimas fue el plasmado en la propia norma convencional y en sus acuerdos extra convencionales posteriores.

Ahora bien, la redacción de la cláusula en pugna, no admite deducciones ni suposiciones, ni de la misma se advierte duda u oscuridad, que permita a la Sala hacer conjeturas o elucubraciones en aplicación del principio de favorabilidad, al que hace referencia el

sindicato en su apelación, o *in dubio pro operario*, para realizar una lectura inaceptable que traicione su contexto, pues para que sea viable la utilización de tal principio, necesariamente debe existir ambivalencia en la intelección de la disposición legal o convencional, conforme lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL14064-2016 y SL5132-2017, última en la que indicó: «[...] no puede tener cabida el principio de favorabilidad, cuando la norma con la cual se soluciona la [...] controversia judicial, es diáfana en su intención, espíritu y tenor literal, que no origina ningún conflicto o duda en su aplicación».

Y es que la duda que se pueda generar en la aplicación o en la interpretación de las fuentes formales del derecho laboral y de la seguridad social, debe ser aquella que se encuentre en la mente del juzgador y no la que propongan las partes. De no existir tal duda, no se abre el camino para acudir al referido principio de la favorabilidad (CSJ SL14064-2016 reiterada en la SL1240-2019).

Valga aclarar que, pese a la relevancia de la convención colectiva de trabajo en el marco del derecho a la negociación colectiva, y no obstante que, al examinar la naturaleza jurídica que le es propia, y de manera especial su campo de aplicación, se observan características que ciertamente desbordan los límites que la ley y la doctrina han señalado para los contratos de derecho común, es indudable que bajo nuestro sistema legal, ese convenio tiene origen y causa contractualistas y, por lo mismo, tal aspecto determina que sean, en primer término, las mismas partes que lo celebran, las más autorizadas para fijar un alcance determinado, o contenido de cualquiera de sus disposiciones, salvo, eso sí, cuando se adviertan dos o más interpretaciones razonables, y pueda acogerse la más favorable para los trabajadores, lo cual, en verdad, en este caso concreto por ningún lado se presentan.

Basta con lo dicho, para **confirmar** la sentencia apelada, porque como no es posible derivar más interpretaciones de la cláusula convencional que se estima inobservada, no puede el Tribunal fijar un alcance no previsto en aquella. Sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de junio de 2019, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



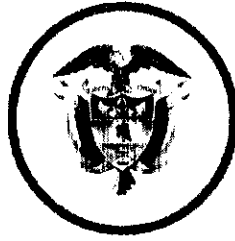
**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **YULLY ANDREA FORERO MARTÍNEZ** en contra de **PABONI DE COLOMBIA S.A.S., MAVAL GROUP S.A.S. y CÉSAR AUGUSTO BONILLA PATIÑO.**

**EXP. 11001 31 05 026 2018 00029 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con Paboni de Colombia S.A.S., mientras que con los demás demandados hubo un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las

formalidades, y que todas estas vinculaciones fueron terminadas de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a las demandadas al pago de las cesantías, intereses a las cesantías doblados, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, subsidio de transporte, más las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y 99 de la Ley 50 de 1990 (f.º 62, 63).

Sustentó sus pretensiones, en que celebró con Paboni de Colombia SAS un contrato de trabajo escrito a término fijo por 3 meses renovable, desde el 1.º de diciembre de 2016, pactando un salario de \$800.000 mensuales que luego fueron ajustados a \$900.000 más un bono de \$300.000 para desarrollar la labor de jefe de personal; en la misma dirección comercial en donde funciona dicha empresa también operan Maval Group S.A.S. y el establecimiento de comercio denominado Maval Mercadeo y Publicidad, de propiedad de César Augusto Bonilla Patiño.

Afirmó, que prestó sus servicios para todos los demandados, como jefe de personal, sin que estos dos últimos empleadores le hubieran pagado remuneración alguna, seguridad social ni prestaciones sociales; fue notificada de la terminación del vínculo de manera irregular, mediante engaño por parte del empleador e incumpléndose los términos de ley y como consecuencia de ello, fue retirada abruptamente de las instalaciones, sin el reconocimiento de las acreencias laborales aquí pretendidas; reclamó a los demandados el pago de dichas prestaciones sin obtener respuesta, motivo por el que los citó el 26 de octubre de 2017 al Ministerio de Trabajo, pero no se hicieron presentes (f.º 61, 62).



## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 18 de junio de 2018, donde se ordenó la notificación y traslado a la demandada (f.º 68).

Las demandadas se encuentran representadas a través de la misma apoderada judicial, y aun cuando contestaron mediante escritos separados, todas se opusieron a las pretensiones de la demanda, y en su defensa, propusieron como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe; empero Paboni de Colombia S.A.S., agregó la de Compensación con el argumento de que pagó la totalidad de las acreencias laborales a la demandante sin que ejecutara funciones permanentes a favor de terceros que le hubiera generado una carga laboral u horaria superior, mientras que Maval Group S.A.S. y César Augusto Bonilla Patiño, adicionaron la falta de legitimación en la causa por pasiva por inexistencia de la relación laboral alegada y de cualquier otra naturaleza (f.º 84-90, 96-104, 129-134).

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 15 de julio de 2019, declaró que entre la demandante y Paboni de Colombia S.A.S., existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 1.º de diciembre de 2016 y el 30 de agosto de 2017; encontró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, a quien condenó en costas.

Para lo que interesa a la alzada, el juzgador de primera instancia motivó lo decidido en cuanto a la terminación del vínculo existente

con Paboni de Colombia S.A.S., en que se aportó una carta de terminación del vínculo laboral del 1.º de agosto de 2017, firmada por la demandante, en la que se le preavisó dentro del término legal respectivo que con posterioridad al día 30 de dicho mes y año, su contrato a término fijo inferior a un año no sería renovado, sin que la demandante hubiera manifestado reparo alguno al respecto.

Adujo, que no tuvo en cuenta las conversaciones de *whatsapp* aportadas porque fueron desconocidas en la contestación a la demanda, y carecen de firma por la parte respectiva, motivo por el cual consideró que no se acreditó que la desvinculación hubiera ocurrido en forma irregular. Además, encontró probado el pago de las acreencias laborales reclamadas frente a dicha sociedad, con los recibos aportados con los que se constató que el salario devengado fue de \$800.000 para el año 2016, y de \$900.000 para el 2017, sin que se pueda tener como base salarial las sumas adicionales canceladas, por así haber sido pactado en la cláusula 3.ª del contrato de trabajo.

En relación con Maval Group S.A.S. y César Augusto Bonilla Patiño, sostuvo que a pesar de que no se discutió que operan en la misma dirección que Paboni; con los interrogatorios de parte y unos testigos se pudo establecer que los servicios de la demandante se dieron de manera exclusiva en el área de recursos humanos de Paboni, sin que tuvieran validez para tal efecto, las conversaciones por *whatsapp* aportadas ni los documentos que obran de f.º 43 a 50 por carecer de firma de quien presuntamente los elaboró, siendo los mismos desconocidos por las demandadas; aunado a que existe un convenio de colaboración empresarial interadministrativo suscrito entre los demandados en el que se pactó que los trabajadores de Paboni, pueden ejecutar servicios para la empresa y el establecimiento de comercio denominado Mabal, debido a las

actividades interadministrativas afines sin implicar una mayor carga laboral, ni mayor remuneración o un nuevo contrato de trabajo para dichos empleados (f.º 143, 144).

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante**, apeló con sustento en que se debieron valorar al tenor de lo dispuesto en el artículo 247 del Código General del Proceso, los mensajes de whatsapp aportados, con los cuales se acreditó que sí hubo un engaño, una falta de ética y una manipulación por parte del representante legal de Paboni de Colombia S.A.S., para que firmara un documento de terminación del contrato con una fecha distinta al 1.º de agosto de 2017, cuando esos mensajes de *whatsapp* se cruzaron el día 25 de los mismos mes y año, mediante los cuales la empleadora la obligó a firmar ese documento que ya estaba pre-elaborado, por tanto, se dio una terminación abrupta y unilateral del contrato de trabajo, pues no es lógico que hubiera presentado una renuncia el 1.º de agosto y que luego el 25 de agosto, se diera esa conversación por whatsapp que no fue tachada. Por otra parte, adujo que respecto del contrato de trabajo que se declaró y se renovó por 3 veces, se debieron otorgar las acreencias laborales respectivas, las cuales no le fueron pagadas por dicha empresa.

Solicitó además que se declare la existencia de contratos de trabajo con las otras demandadas, en los extremos declarados con Paboni de Colombia S.A.S., dado que se acreditó que el bono accesorio que recibió mes a mes, era una contraprestación por el trabajo desarrollado para Maval Group S.A.S. y César Augusto Bonilla Patiño, por ende, dichos contratos van 'amarrados' con el vínculo que existió con Paboni de Colombia S.A.S., porque a raíz de ello surgió la prestación de servicios para los otros demandados.

Aunado a lo anterior, no se tuvo en cuenta la confesión efectuada en los interrogatorios de parte, en relación con la subordinación a la que se encontraba supeditada, más aún cuando se reconocieron firmas en algunos documentos que acreditan tal aspecto, que tampoco fueron tachados, y existen algunos testigos que sí dan cuenta de los trabajos que hizo para uno y otro demandado. Que existe un convenio interadministrativo entre las demandadas para compartir trabajadores y pagarles un solo salario, pero en el contrato suscrito con Paboni, nunca se pactó que debía prestar servicios como Directora de Recursos Humanos a los otros demandados, por ende, también hubo un engaño en este aspecto.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y por cuestiones de método, la Sala verificará inicialmente, la viabilidad de declarar la existencia de sendos contratos de trabajo paralelos con el declarado por la *a quo*, con Maval Group S.A.S. y con César Augusto Bonilla Patiño, con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales; posteriormente, se verificará si la terminación del vínculo que existió entre la demandante y Paboni De Colombia S.A.S., se dio de manera irregular en los términos aducidos en el recurso de apelación, y si para ello, es viable tener como medios probatorios válidos las aparentes conversaciones impresas de la aplicación whatsapp que fueron aportadas en juicio; y si frente a este contrato de trabajo se pagaron las acreencias laborales reclamadas en la demanda.

**De la inexistencia de contrato de trabajo con los demandados Maval Group SAS y César Augusto Bonilla Patiño.**

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibidem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

No fue objeto de discusión, que entre la demandante y Paboni de Colombia S.A.S., se celebró un contrato de trabajo por escrito a término fijo inferior a un año, el cual estuvo vigente entre el 1.º de diciembre de 2016 y el 30 de agosto de 2017, como lo declaró la *a quo*, sin reparo de las partes, y así da cuenta el documento que reposa a f.º 20, 21, 106, 107, cuya duración inicial fue de 3 meses hasta el 28 de febrero de 2017.

Revisado el caudal probatorio aportado dentro de la oportunidad procesal respectiva, se encuentra que le asiste la razón a la juez de primera instancia por lo siguiente:

De acuerdo con los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, que reposan de f.º 12 a 19, 74 a 82, se constata que en la misma dirección calle 63 A n.º 70-62 de Bogotá, operan tanto las dos empresas como la persona natural demandada, y que esta última funge como representante legal, hace parte de la junta directiva de ambas sociedades, y registra como propietaria del establecimiento de comercio denominado Maval Mercadeo y Publicidad.

Frente a este aspecto, tanto el demandado César Bonilla Patiño, como la representante legal de Paboni de Colombia S.A.S., admitieron en sus interrogatorios de parte que todos los demandados comparten ubicación, dado que se encuentran en un edificio de 3 pisos; que tienen acuerdos y convenios colaboracionales y de cooperación mutua para contabilidad, servicios generales, conductores, mensajería, recepción, diseño de etiquetas, desarrollo, talento humano, toda vez que a pesar de que se tratan de empresas familiares, tienen un manejo administrativo absolutamente independiente.

De ello, justamente da cuenta el convenio de colaboración empresarial interadministrativo suscrito el 2 de septiembre de 2013 que obra de f.º 93 a 95, en el que en la cláusula 1.ª se establecen esas actividades, y otras como 'actividades afines' entre Maval Group S.A.S., Paboni de Colombia Ltda, hoy S.A.S., y el establecimiento de comercio Maval Mercadeo y Publicidad; también en las cláusulas 2.ª y 3.ª, se pactó que los trabajadores de los aquí demandados pueden desarrollar el cargo para el cual fueron inicialmente contratados, en forma indistinta para una y otra empresa, así como para el mencionado establecimiento, sin que ello implique la existencia de un nuevo contrato de trabajo o una mayor carga laboral, ni que por tal motivo se cause una mayor remuneración, porque cada uno de los

empleadores son responsables de sus respectivas obligaciones laborales frente a sus trabajadores y de impartirles las órdenes e instrucciones necesarias para tal efecto, y por tanto, *«ningún trabajador recibirá órdenes por personas diferentes a su empleador, sin perjuicio de que existe comunicación o actividades de coordinación entre trabajadores de las diferentes empresas para la correcta ejecución del presente convenio interadministrativo».*

Por otra parte, sostuvo la representante legal de Paboni en su interrogatorio de parte, que no compartían empleados entre los demandados, ya que eso sí lo manejan en forma independiente, y que por tal motivo, todas las labores que desarrolló la demandante, fue por cuenta exclusiva y órdenes impartidas por Paboni de Colombia S.A.S., conforme lo señala el contrato, con la advertencia de que cada 3 o 4 meses colaboró por instrucción suya, con unas afiliaciones a seguridad social que se debían hacer para los trabajadores de la empresa Mabal Group S.A.S. y de César Augusto Bonilla, último quien en su interrogatorio de parte, también admitió estas situaciones.

Adicional a lo anterior, la testigo Martha Liliana Duarte Martínez, contadora de los demandados desde el año 2014, además de confirmar tales dichos, sostuvo que por su conocimiento directo de los hechos, le consta que la demandante laboró solo para Paboni, en recursos humanos, por tanto, colaboró únicamente y de manera ocasional con las mencionadas afiliaciones a seguridad social, debido a la colaboración existente entre los demandados; agregó, que ese tipo de colaboraciones no se hacía de manera continua, sino más o menos cada 3 meses, en la medida en que no hay rotación de personal en Maval Group, ni para César Bonilla, pues la primera contaba con alrededor de 5 trabajadores, y el segundo, con 2 personas a cargo, para la época de los hechos, es decir, en el año 2017, y que además cada empresa tiene su auxiliar contable.

Ahora bien, de los recibos de caja menor que obran a f.º 43 y 44, no se logra deducir la prestación personal de los servicios de la demandante, pues a pesar de que allí se indica que aparentemente se efectúan unos pagos mensuales a Andrea Forero por \$100.000 y \$200.000, bajo el concepto de 'asistencia recursos humanos', lo cierto es que llama la atención de la Sala que por un lado, parecieran haber sido diligenciados con la misma letra manuscrita de la demandante, por otro lado, no se entiende por qué Andrea Forero, como Jefe de Recursos Humanos se efectúa un pago a sí misma por caja menor, respecto de servicios aparentemente prestados, sin pasarlos por contabilidad.

Y aun cuando tienen un sello impuesto de Maval Group S.A.S., ninguno de estos recibos, contiene un código o consecutivo de confirmación ni una contrafirma de respaldo y/o aprobación, sin que se pueda pasar por alto, que la contadora que rindió su declaración en primera instancia, sostuvo que absolutamente todos los pagos por servicios se efectuaban a través de transferencias electrónicas consignados a las respectivas cuentas de sus titulares, que esos recibos de caja menor manuales no son usados en la compañía, sino exclusivamente comprobantes que arroja directamente el programa contable Helisa, confirmándose lo dicho en el interrogatorio de parte por el demandado César Bonilla; y aquí dentro del expediente no obra constancia de que tales valores desembolsados presuntamente por caja menor hayan sido transferidos a cuentas bancarias de titularidad de la demandante (f.º 110), mucho menos, admitió la contadora haber contabilizado tales sumas como gastos empresariales, ni haber percibido tales giros en el sistema contable; por lo que tales recibos, no tienen la credibilidad de la Sala para establecer una presunta prestación de servicios ni una remuneración por estos.



A lo anterior, se agrega que las manifestaciones realizadas por la representante legal, el demandado y la testigo mencionada, fueron corroboradas por la Coordinadora Digital de Maval Group S.A.S., María Fernanda Palacios, quien sostuvo no tener relación de ningún tipo con la compañía Paboni de Colombia S.A.S., pero sí tener conocimiento de la cooperación o colaboración que existe entre las empresas, para temas relacionados con diseño y logística; sin embargo, fue enfática en señalar que la demandante nunca le prestó servicios a Maval Group, ni a César Bonilla, solo a Paboni de Colombia S.A.S.

De manera que, a pesar de que la demandante sí ejecutó labores específicas y esporádicas en favor de Maval Group S.A.S. y de César Bonilla, como propietario del establecimiento de comercio Maval Mercadeo y Publicidad, como también se constata con la afiliación a Compensar que diligenció la demandante a f.º 39, y el haber presenciado como testigo la suscripción de 2 contratos de trabajo de personas ajenas al presente proceso (f.º 40-42), quedó plenamente acreditado que no fueron constantes, sino esporádicas, y que además se dieron en virtud del convenio de colaboración empresarial suscrito entre los demandados, el cual era de pleno conocimiento de todos los trabajadores a cargo de estos últimos.

Y es que no se puede pasar por alto, que de conformidad con el contrato de trabajo suscrito con Paboni de Colombia Ltda (f.º 20, 21, 106, 107); en la cláusula n.º 1.f), la ex trabajadora aquí demandante se obligó a efectuar personalmente el trabajo acordado y convenido y a seguir las instrucciones que le sean dadas por el empleador o la empresa o por quien la represente, respecto al desarrollo de sus labores como Jefe de Recursos Humanos, en las instalaciones de la mencionada compañía ubicadas justamente en la calle 63 A n.º 70-62 de Bogotá, o donde el empleador o la empresa lo requiera dentro

del perímetro urbano de la ciudad; por lo que no riñe en absoluto con tal disposición, lo acordado por los demandados en el mencionado convenio de colaboración empresarial, pues la finalidad de ese, es que las personas que lo suscriben aprovechen mutuamente sus fortalezas o recursos tangibles e intangibles, capacidad técnica y científica para la gestión de intereses recíprocos y con miras a prestar un servicio (Superintendencia de Sociedades, Circular Externa n.º 115-006 23 dic. 2009 - DIAN concepto n.º 36046 5 jun. 2012); lo cual es totalmente válido para la Sala, máxime cuando no se denota vulneración alguna, aprovechamiento indebido o abuso frente a los derechos de los trabajadores.

Adicional a ello, se considera que las partes suscriptoras del reseñado convenio, mantienen su independencia jurídica en la medida en que no se constituye una persona jurídica nueva, sin que por tal aspecto se entienda que deban confundirse los trabajadores contratados directamente por una y otra parte, justamente porque en este caso, tal situación quedó plenamente zanjada en la cláusula 3.<sup>a</sup> a la que ya se hizo referencia.

No desconoce esta Corporación, que el ordenamiento laboral permite en su artículo 26, la coexistencia de contratos, pero no se puede dejar de lado, que la jurisprudencia ha adocinado antaño, que debe quedar suficientemente acreditado que el tiempo, energía y dedicación que se vinculan a una actividad sean diferentes a las que se ejecutan en la otra función, para que se pueda concluir que en efecto hubo subordinación por parte de otra persona perteneciente al mismo grupo empresarial, pues la multiplicidad de compromisos no deben coexistir en la misma ocasión, momento u oportunidad, de lo contrario desaparecería el elemento subordinación (CSJ SL, 29 may. 2012 rad. 40079, entre otras); sin embargo, en este caso esa separación no se probó en forma concreta, por ende, se puede deducir

de manera razonada que las segundas actividades esporádicas ejecutadas por la demandante, fueron una derivación del desarrollo propio de la ocupación para la cual fue inicialmente contratada.

De modo que, los demandados corrieron con la carga probatoria impuesta por los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, para desacreditar la presunción que se activó con el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues con el material probatorio aquí analizado, se desvirtuó cualquier tipo de subordinación en cabeza de la demandante, por parte de los demandados Maval Group S.A.S. y César Augusto Bonilla, en calidad de propietario del establecimiento de comercio, denominado Maval Mercadeo y Publicidad.

En consecuencia, examinadas en conjunto las pruebas del proceso, las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal de las partes, se **confirmará** en este punto la sentencia apelada.

#### **De la terminación del vínculo celebrado con Paboni de Colombia S.A.S.**

Recordemos, que la *a quo* señaló que el vínculo finiquitó el 30 de agosto de 2017, y quedó claro que el contrato que suscribieron las partes fue uno a término fijo inferior a un año, cuya duración inicial fue de 3 meses contando desde el 1.º de diciembre de 2016.

Frente a este aspecto, la representante legal de la mencionada compañía, en su interrogatorio de parte sostuvo que la relación se dio por terminada en forma verbal y escrita, el 1.º de agosto de 2017, documento en que se le indicó a la demandante que su contrato se vencía el día 30 de dicho mes y año; lo cual se corrobora con el

contenido del escrito que se observa a f.º 52 y 113, con firma de recibido por parte de la demandante.

Al ser interrogada por las impresiones de mensajes en *whatsapp* obrantes de f.º 25 a 33, la representante legal los desconoció aduciendo que los asuntos laborales nunca los maneja por esa vía, sino por correo electrónico, y adujo, que previo a la cancelación del contrato tuvo una conversación verbal y personal con la demandante en la oficina de ella (la absolvente), mediante la cual le expresó su inconformidad acerca del desempeño de sus labores con la compañía.

En punto de procedencia, advierte la Sala que la Ley 527 de 1999, admite a los mensajes de datos como medio de prueba, dándoles fuerza demostrativa y que la jurisprudencia ha admitido que el documento electrónico "*es equivalente al documento escrito*" (CSJ SC, 7 feb. 2008 rad 2001-06915-01); no obstante, ello sucede siempre y cuando se tenga certeza de su autoría, atendiendo a los protocolos establecidos en esa normativa, consistentes en la prueba técnica que avale o certifique de dónde proviene y así mismo permita identificar a quien inicia una conversación o la aceptación de éste acerca de la autenticidad del documento y su contenido, tal y como lo ha sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia verbigracia en providencias SL, 18 ago. 2010 rad. 36672, SL, 14 oct. 2009 rad. 34559, AL4300-2014 y SC11339-2015.

Por lo tanto, como quiera que se desconoce la originalidad y autenticidad de los abonados telefónicos o cuentas *whatsapp* desde donde se enviaron las comunicaciones impresas de f.º 26 a 33, esta Sala se abstiene de otorgarle pleno valor probatorio a dichas conversaciones, ya que son la simple reproducción de otro documento que fue creado y almacenado electrónicamente; por ende, no reúnen los requisitos de seguridad para que gocen de eficacia y validez

demostrativa en cuanto a sus efectos jurídicos, porque se desconoce no sólo la existencia de las cuentas, para quién fueron creadas y habilitadas, sino la confiabilidad en la manera como se generó, archivó y/o comunicó cada mensaje, así como la conservación de la integridad de la información contenida, rastreabilidad y recuperabilidad de los mensajes de datos. Entiéndase por autenticidad, la certeza que debe tener el operador judicial respecto de la persona a quien se le atribuye la autoría del documento, pero en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de Paboni de Colombia S.A.S., como se vio, no se obtuvo una confesión sólida acerca del contenido de los citados documentos, como equivocadamente parece entenderlo la apelante.

Por ende, no se observa el engaño que aduce la demandante, fue sometida por su empleadora para haber firmado un documento preelaborado, aparentemente a título de renuncia, en la medida en que dentro del plenario no existe un escrito similar; y si en gracia de la discusión, se admitiera como prueba el presunto cruce de conversaciones a través de la aplicación *whastapp* entre la demandante y la representante legal de Paboni, fácilmente se podría concluir que ella (la demandante), sí conocía con anterioridad al 24 de agosto de 2017, que debía entregar su cargo a más tardar el 1.º de septiembre siguiente, pues así se lo habían solicitado en reuniones anteriores, teniendo pleno convencimiento del cumplimiento del plazo pactado en el contrato de trabajo.

Así las cosas, no incurrió en yerro alguno la *a quo* al concluir que el vínculo que existió entre la demandante y Paboni de Colombia SAS, antes Ltda, culminó de conformidad con el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, por expiración del plazo fijo pactado, mediando para tal efecto, el preaviso establecido en el artículo 46 *idem* (f.º 52, 113), que de ninguna forma la demandante

desvirtuó haberlo conocido dentro del término legal; lo que conlleva a **confirmar** la decisión de primera instancia.

**Del pago de acreencias laborales contrato celebrado con Paboni de Colombia S.A.S.**

Frente a este aspecto, solo basta decir que la demandante afirmó desde el libelo introductor, que su retiro se produjo sin el reconocimiento de las acreencias laborales a las que tuvo derecho en vigencia del vínculo sostenido con Paboni de Colombia S.A.S., tales como cesantías, intereses a las cesantías doblados, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, subsidio de transporte.

No obstante, de f.º 110 a 112, 117 a 121 la demandada aportó documentos con los cuales se acredita la consignación del auxilio de cesantías realizada el 14 de febrero de 2017 en Porvenir, así como pagos realizados entre diciembre de 2016 y septiembre de 2017, a través de consignación bancaria a una cuenta de titularidad de la demandante, por concepto de prima de diciembre de 2016, nóminas quincenales incluyendo el auxilio de transporte, intereses a las cesantías, préstamo estudio y de la liquidación final del contrato de trabajo que obra a f.º 109, la cual contiene como rubros reconocidos: el sueldo, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio y vacaciones, sin descuento alguno. Así mismo, de f.º 122 a 125 reposa las planillas de aportes en línea, con los cuales se acredita el pago de la seguridad social de la demandante por parte de su empleadora.

Con lo anterior, se concluye que la afirmación realizada por la apelante no es cierta, sin que sea viable entrar a revisar si los pagos efectuados se encuentran ajustados a lo pactado, en la medida en que no se solicitó en modo alguno la reliquidación de las acreencias laborales, sino el pago de estos aduciendo una falta absoluta del mismo; en todo caso, contrario a lo sostenido en la demanda, con el contrato de trabajo reseñado solo se constata que se estableció en la cláusula 2.<sup>a</sup> el pago de \$800.000 mensuales como salario, sin ningún tipo de bono como se indicó en la apelación, recordando que para la Sala no le asiste credibilidad alguna a los recibos de caja menor obrantes de f.º 43 y 44 como se dijo en líneas anteriores.

En consecuencia, se **confirma** la sentencia apelada, sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

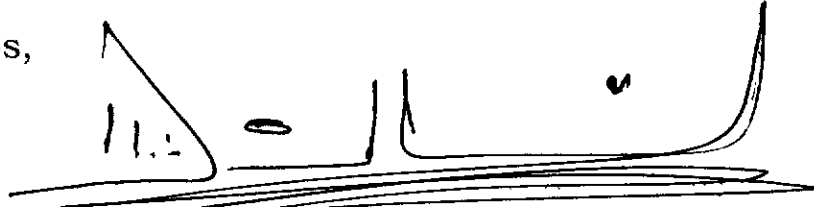
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de julio de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de Colpensiones.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

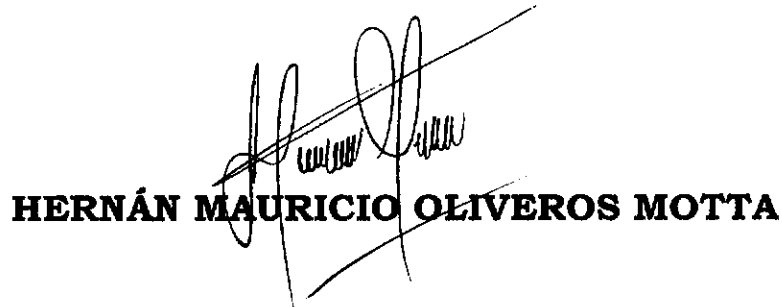
Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**

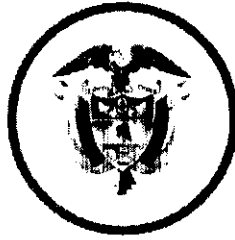


**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  

---

**Sala Quinta de Decisión Laboral**

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **FULTÓN BERMÚDEZ VALLEJO** en contra de **CAPRECOM EICE - FIDUPREVISORA SA** como vocera y administradora de **PAR CAPRECOM LIQUIDADO**

**EXP. 11001 31 05 035 2019 00107 01**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 10 de julio de 2019, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Desde el inicio, pretendió el demandante, que a través de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se declare la nulidad de la Resolución n.º AL-02507 de 2016 por medio de la cual se califica, gradúa y rechaza una acreencia oportunamente presentada con cargo a la masa del proceso liquidatorio de Caprecom E.I.C.E., proferida por el apoderado general de Fiduprevisora S.A.; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las acreencias rechazadas en el proceso liquidatorio, debidamente indexadas (f.º 77, 78). Posteriormente reformó la demanda en el sentido de solicitar que se declare la nulidad igualmente, de la resolución n.º AL-08177 de 2016 mediante la cual se declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria parcial del primer acto administrativo mencionado (f.º 99).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, adujo que mediante Decreto n.º 2519 de 2015 se dispuso la supresión y liquidación de Caprecom, por lo que en febrero de 2016 se emplazó a quienes se consideraran acreedores; que fue afiliado de Sintracaprecom; que en el año 1996, se suscribió entre Caprecom y Sintracaprecom una convención colectiva que contiene unos derechos de los que por ser afiliado al mencionado sindicato, fue beneficiario, pero que fueron suspendidos por un acuerdo extra convencional celebrado entre las mismas partes el 12 de junio de 2003.

Manifestó que el 7 de junio de 2013, la demandada y el sindicato mencionado acordaron extender la vigencia durante 5 años más, del mencionado acuerdo extra convencional del año 2003, con ciertas modificaciones, en especial el párrafo que reactiva los derechos convencionales, que habían sido congelados en virtud de los acuerdos

extra convencionales del año 2003, teniendo en cuenta que Caprecom entró en liquidación; así que con el mencionado Decreto n.º 2519 de 2015 se cumplió la condición resolutoria de dar por terminado el acuerdo convencional del 7 de junio de 2013.

Señaló, que mediante actos administrativos de mayo de 2016, el liquidador de la entidad negó las acreencias presentadas dentro de los términos legales, bajo el argumento de que entre los años 2003 y 2015 los derechos convencionales no tuvieron vigencia, con criterios de prescripción de las reclamaciones, irretroactividad de los derechos convencionales a partir de 2003, entrada en liquidación de la entidad a partir del 28 de diciembre de 2015 y que los derechos reclamados eran inciertos y discutibles (f.º 78, 79). Al reformar la demanda, adicionó que el liquidador de Caprecom le notificó un nuevo acto administrativo que modificó el grado de prelación del crédito que reclamó (f.º 99).

## II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El proceso inicialmente le correspondió a la Subsección B de la Sección 2.<sup>a</sup> del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien admitió la demanda el 28 de noviembre de 2016 (f.º 92) y su reforma el 27 de octubre de 2017 (f.º 193).

La **Fiduprevisora S.A.** como vocera y administradora del **P.A.R. Caprecom Liquidado**, contestó la demanda inicial y su reforma, con oposición bajo el argumento de que los derechos laborales no son retroactivos y en el caso del demandante, fueron conciliados ante los inspectores de Trabajo de Bogotá; en su defensa invocó las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, caducidad de la acción y retroactividad de la norma laboral (f.º 116-120, 202, 203, 205).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 98, 197, 200).

Mediante providencia dictada dentro de audiencia del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, celebrada el 30 de octubre de 2018, la Subsección B de la Sección 2.ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró de oficio la falta de competencia y remitió la demanda a los juzgados laborales de este circuito judicial (f.º 216-220).

El expediente correspondió por reparto al Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., quien avocó el conocimiento el 15 de marzo de 2019 conservando la validez de lo actuado con base en el artículo 16 del Código General del Proceso (f.º 224, 225), por lo que citó a las partes para audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que se llevó a cabo el 30 de abril de 2019, y allí se fijó el litigio para determinar si los derechos convencionales dejados de percibir desde el 2003 hasta el 2016, deben ser otorgados al demandante, si es viable ordenar el pago de los mismos con el reajuste de sueldos y prestaciones sociales legales y convencionales (f.º 226).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de julio de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que si bien la documental allegada de f.º 46 a 76 se denominó acuerdo extra convencional, se encuadra en lo establecido en el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que tenga la necesidad de haber sido depositado ante el Ministerio

del Trabajo.

No obstante, agregó que como las pretensiones invocadas persiguen el reconocimiento de beneficios convencionales a partir del año 2003, que fueron suspendidos en virtud de la revisión de la convención colectiva en atención a la difícil situación económica que subsistió en la entidad demandada debido al proceso de liquidación de Caprecom, sería del caso acudir a lo señalado en el escrito convencional obrante a f.º 45 y 46, empero el mismo no fue allegado conforme lo dispuesto en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, sin el requisito esencial del depósito para producir los efectos legales respectivos; en consecuencia, no es posible reconocer eventuales derechos logrados en la etapa de arreglo directo, con la advertencia de que no tuvo como prueba la convención colectiva de los años 1996-1998 allegada el 24 de mayo de 2019, por haber sido aportada en forma extemporánea (f.º 292, 293).

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante**, apeló con el argumento de que el proceso no se regula por el Código Sustantivo del Trabajo, sino por la Ley 1437 de 2011, máxime que no se puede perder de vista que nació en la jurisdicción de lo contencioso administrativo a pesar de tratarse de asuntos convencionales; por lo tanto, no resulta viable alegar que no se allegaron pruebas en la medida en que cuando el expediente fue recibido por el *a quo*, lo hizo en vigencia del Código General del Proceso, además, en la etapa de decreto de pruebas, no se decretaron las que fueron solicitadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ni le dio una oportunidad para reformar la demanda; así las cosas, se debe tener en cuenta la convención colectiva con los depósitos respectivos que fue aportada con anterioridad al proferimiento de la sentencia apelada, con el fin de no desconocer los

derechos convencionales solicitados en la presente demanda, aunado a que deben primar los derechos laborales y humanos sobre el excesivo ritualismo.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de decisión tendrá como problema jurídico, el verificar como primera medida, cuál es la normativa que impera el presente proceso, para luego determinar si acertó o no el *a quo* al no tener en cuenta la convención colectiva que aportó el demandante el 24 de mayo de 2019; finalmente, se estudiará la viabilidad de conceder las acreencias convencionales dejadas de percibir desde el 2003 hasta el 2016, con base en lo establecido en la fijación del litigio realizada por el juez de primera instancia.

Para iniciar, es necesario precisarle al apelante que contrario a lo argumentado, el presente proceso no se rige por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sino por las normas contenidas en los Códigos Sustantivo del Trabajo, y Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de manera preferente y por vía de remisión del artículo 145 de la última normativa, por el Código General del Proceso, respecto de los asuntos que no estén regulados por los Decretos Legislativos n.º 3743 de 1950 y 2158 de 1948, con sus respectivas modificaciones.

Lo anterior, al margen de que la demanda por acción de nulidad y restablecimiento del derecho haya sido interpuesta inicialmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (f.º 77-90), porque precisamente la Subsección B de la Sección 2.ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al realizar el control de legalidad

de que tratan los artículos 207, 180 numeral 5.º, 104 y 105 de la Ley 1437 de 2011, advirtió el 30 de octubre de 2018 (f.º 216-218), que no era el ente competente para conocer de las reclamaciones que de fondo elevó aquí el demandante, tras percatarse de que están íntimamente relacionadas con la vinculación que tuvo con la entidad demandada mediante un contrato de trabajo, conforme la certificación que obra a f.º 36, lo que le da la naturaleza de trabajador oficial.

Y es que de ninguna manera se equivocó el despacho judicial remitente, porque atendiendo a la naturaleza jurídica de la entidad demandada, Empresa Industrial y Comercial del Estado, según lo dispuesto en los artículos 5.º del Decreto 3135 de 1968 y 12 de la Ley 314 de 1996, en efecto, el actor tuvo la calidad de trabajador oficial entre el 21 de diciembre de 1992 y el 9 de mayo de 2016, al desempeñar el cargo de Tecnólogo I (f.º 231, 232); de ahí que el Juzgado 35 Laboral de este Circuito Judicial, se haya arrogado la competencia el 15 de marzo de 2019 (f.º 225) para conocer del presente asunto al tenor de lo dispuesto en la cláusula general de competencia contenida en el artículo 2.º de la Ley 712 de 2001; por tanto resulta equivocado el razonamiento del apelante, en relación con la normativa que regula el procedimiento del presente caso.

Igual sucede con lo atinente a la oportunidad que aduce no haber tenido para reformar la demanda, por cuanto que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 16 y 138 del Código General del Proceso, cuando se declara de manera oficiosa, la falta de jurisdicción o de competencia *«lo actuado conservará validez y el proceso será enviado de inmediato al juez competente»*, que fue lo aquí ocurrido y así lo advirtió el Juzgado 35 Laboral de este Circuito, en la providencia mediante la cual avocó conocimiento; por ese motivo, al haberse surtido de manera análoga ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo,

las etapas establecidas por el ordenamiento procesal laboral, de admisión de la demanda y de su reforma, traslado, notificación así como la contestación de las mismas como se indicó en los antecedentes de esta sentencia, lo procedente era, con base en el artículo 77 *ibídem*, citar a las partes a audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, como en efecto lo hizo por ser la etapa subsiguiente (f.º 225).

De manera que, no es cierto que la parte demandante no haya tenido la oportunidad para reformar la demanda, porque sí lo hizo el 6 de febrero de 2017 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para adicionar un hecho, una pretensión y 3 documentos como prueba (f.º 99), tanto es así que fue admitida por auto del 27 de octubre de 2017 (f.º 193) y contestada por la demandada en los términos visibles de f.º 202, 203 y 205, lo cual es válido a la luz del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Tampoco es cierto, que el juez de instancia no haya decretado las pruebas peticionadas en la demanda, su reforma y las contestaciones, pues de ello da cuenta precisamente la audiencia celebrada el 30 de abril de 2019, a la cual no acudieron las partes ni sus apoderados (f.º 225-227).

Aclarado lo anterior, le asiste la razón al *a quo* al no haber tenido como pruebas la documental aportada por el demandante el 24 de mayo de 2019 que obra de f.º 233 a 291, porque no fue allegada o solicitada dentro de las oportunidades procesales dispuestas para ello, esto es, junto con la demanda, reforma y contestación a las mismas, ni fue decretada en forma oficiosa, además, toda decisión judicial deben fundarse en las pruebas regular y oportunamente



allegadas al proceso (artículos 54, 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y 164 del Código General del Proceso – CSJ SL1399-2019), so pena de vulnerar los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de las partes; por ende, tampoco pueden ser valoradas en segunda instancia de conformidad con los artículos 83 y 84 del estatuto procesal laboral, descartando en este aspecto el recurso de apelación.

Ahora bien, con el fin de verificar la viabilidad de emitir alguna condena, en relación con las acreencias convencionales que persigue el demandante por una presunta reactivación de tales derechos entre los años 2003 hasta a 2016, es necesario señalar que Caprecom E.I.C.E. desapareció del mundo jurídico una vez se ordenó su liquidación y cierre mediante el Decreto n.º2519 de 2015; y que resulta un hecho acreditado que Caprecom y Sintracaprecom suscribieron un acta de acuerdo extra convencional, el 12 de junio de 2003 con su prórroga del 7 de junio de 2013 (pág. 38-44 y 51-60 de la copia del librito de f.º 49-58 y 65-71), en donde de mutuo acuerdo suspendieron unos beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo, que estaba vigente en Caprecom, para los años 1997-1998, con la advertencia que los mencionados acuerdos extra convencionales no necesitan ser depositados para que surtan los efectos queridos por las partes, pues no emanan de un conflicto colectivo de trabajo (CSJ sentencias SL2729-2015 y SL1805-2018).

Empero, no resulta jurídicamente viable concluir que los beneficios extralegales otorgados por la entonces Caprecom, debían permanecer en el tiempo de manera indefinida; dado que la suspensión de algunos beneficios convencionales debido a la liquidación y extinción definitiva de Caprecom E.I.C.E., se constituye en una razón válida para establecer el desaparecimiento de tales prebendas, tal y como lo concluyó la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares connotaciones al presente, en el que se analizó la viabilidad del restablecimiento, para 33 pensionados, de las garantías contempladas en el plan complementario de salud reconocido de manera extralegal por la liquidada Telecom, en cumplimiento de un pacto convencional vigente para 1998, y que fue suspendido a partir de 2006 en razón de la liquidación y cierre de la empleadora (CSJ SL18105-2016).

Así las cosas, el hecho de que en el numeral 8.º del capítulo II - compromisos de la administración- del Acta de Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003, y en el párrafo del literal f) del acta del acuerdo extraconvencional del 7 de junio de 2013, se haya acordado que *«en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extraconvencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación»* (pág. 43, 58 de la copia del librito de f.º 51 y 66), primer convenio que fue reiterado y ratificado el 13 de diciembre de 2011 y el 12 de septiembre de 2012 en los artículos 4.º y 9.º, respectivamente, de las actas de acuerdo final de negociación de los pliegos de peticiones de 2011 y 2012 (pág. 46, 49 de la copia del librito de f.º 60, 63), no significa que los derechos que fueron suspendidos a partir del 12 de junio de 2003, deban ser cancelados en forma retroactiva, como de manera equivocada lo sostiene la parte demandante, pues no se puede pasar por alto que Caprecom E.I.C.E. desapareció del mundo jurídico por cuanto el Gobierno Nacional ordenó su supresión y liquidación mediante Decreto n.º 2519 de 2015.

Lo que pactaron las partes en el Acuerdo extra convencional del año 2003, fue una condición: que CAPRECOM se liquidara; así que, de cumplirse tal circunstancia, como en efecto sucedió con el reseñado Decreto presidencial, dicho acuerdo perdería vigencia, y por ende, dejaban de estar suspendidos algunos derechos convencionales, recuperando su vigencia a partir del 28 de diciembre

de 2015, fecha de expedición del decreto presidencial, por el cumplimiento de la condición.

Sin embargo, se reitera, a pesar de que el acuerdo extra convencional perdió su aplicabilidad, allí no se contempló expresamente la retroactividad de los derechos como efecto de la liquidación de Caprecom E.I.C.E., por lo que debe aplicarse la regla general de irretroactividad de las normas laborales prevista en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que si en el acuerdo extra convencional del 7 de junio de 2013, eliminaron la suspensión de ciertos derechos y los reconocieron a partir de ese momento, y no se dispuso el pago de los mismos en forma retroactiva, entonces, la interpretación que surge es que la reactivación de esas prestaciones sería a futuro, teniendo en cuenta la situación financiera que atravesaba Caprecom para el 2003, que a la postre generó su liquidación.

De ahí, se desprende que acertadamente la Fiduciaria La Previsora S.A. en calidad de liquidadora de la extinta Caprecom E.I.C.E., haya negado mediante Resoluciones n.º AL002507 y AL08177 de 2016 y bajo, entre otras, la causal 3.37. 'obligación irretroactiva' la reclamación elevada por el demandante (f.º 3-35, 105-114CD f.º 232).

Y es que en torno a esta normativa, conforme da cuenta su contenido, fue admitida desde los albores de la demanda, cuando se expidió en razón a que los costos fijos de Caprecom E.I.C.E. superaban ampliamente la capacidad de ingresos y las necesidades de la entidad, por ende, junto con el sindicato analizaron y concluyeron de manera conjunta que era necesaria la racionalización de tales costos, y como consecuencia de ello, la suspensión de algunos derechos por determinado tiempo, dentro del cual el

sindicato contaría con una participación permanente y de seguimiento a los procesos de mejoramiento de Caprecom; tanto es así, que en el 2013 se dejó plasmado que se requería de un nuevo compromiso mutuo, y de esa manera, se amplió la vigencia del acuerdo extraconvencional por 5 años más.

Adicionalmente, la parte actora no acreditó estar percibiendo los beneficios que reclama, para la época en que dijo le fueron suspendidos, como para establecer que se trataba de derechos adquiridos, y las actas de acuerdos extra convencionales que hacen alusión a los beneficios suspendidos, no contienen la forma cómo se pagarían luego de su reanudación, ni las razones de su exigibilidad, lo que tampoco permitiría el reconocimiento de determinados conceptos (que dicho sea de paso, ni siquiera fueron especificados en la demanda ni en la reclamación surtida ante la entidad – f.º37, 38), una vez se ordenó la liquidación de Caprecom con el Decreto n.º2519 de 2015.

Como si lo anterior fuera poco, se considera importante recordar que nuestro Órgano de Cierre, en múltiples providencias ha explicado que la Convención Colectiva tiene el carácter de acto solemne, por lo que su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante; de modo que si tal documento no se aporta al proceso de manera completa, no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo, y consecuentemente, le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (CSJ SL, 24 abr. 2013 rad. 43043, SL8718-2014, SL21776-2017, SL265, y SL535 ambas de 2018).

Por lo dicho, se tiene que el depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo es una exigencia de la ley para su validez, indistintamente de si se aporta al trámite, autenticado o en copia simple, se requiere la constancia de depósito de la misma. De esta manera, al encontrarse que el acuerdo colectivo en el que se fundan las pretensiones vigente entre los años 1997 y 1998 y que fue aportado y solicitado como prueba dentro de la oportunidad procesal respectiva, carece de la constancia de depósito (pág. 3-28 de la copia del librito de f.º 47-72), es dable concluir como lo hizo el *a quo*, que no se probó en debida forma su existencia legal; sin embargo, si en gracia de discusión se admitiese como acreditada, por cuanto tal circunstancia no fue alegada por la demandada, concluye esta Sala de decisión, que justamente por las razones atrás anotadas, no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, no se logrará colegir que los presuntos beneficios dejados de pagar por parte de Caprecom al demandante como Tecnólogo I se deban reconocer de forma retroactiva desde el 2003 hasta el 2016, en consecuencia, con estos argumentos resulta obligada la Sala a **confirmar** la sentencia apelada, sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de julio de 2019, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **RUTH ALICIA MONTUFAR DULCE** y **JUAN CARLOS DELGADO CORREAL** en su propio nombre y en representación de sus hijos menores **ANA MARÍA, LAURA SOFÍA** y **DANIEL FELIPE DELGADO MONTUFAR** en contra de **FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ**. Litis consorte necesario **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

**EXP. 11001 31 05 026 2015 00984-01.**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la

sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendieron los demandantes, se declare que entre Ruth Alicia Montufar Dulce y la Fundación demandada existe un contrato de trabajo vigente para la época de presentación de la demanda, el cual inició el 2 de septiembre de 1996, y que la empleadora es responsable por las enfermedades laborales que padece denominadas tendinitis manguito rotador y bursitis del hombro derecho, diagnosticadas con origen al 8 de octubre de 2013, que le ocasionaron pérdida en su capacidad laboral; en consecuencia, se condene a la Fundación a pagar la indemnización total y ordinaria de perjuicios, perjuicios materiales consolidados y futuros en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, liquidados con el salario real devengado, más los daños morales objetivados y subjetivados, los perjuicios de daño de vida en relación, en favor de cada uno junto con la indexación, intereses corrientes, moratorios y reajustes respectivos, por haber incurrido en culpa patronal (f.º 241-243).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, adujeron que Ruth Montufar fue contratada por la Fundación demandada desde el 2 de septiembre de 1996, para desempeñarse como terapeuta ocupacional, momento en el que se encontraba en perfecto estado de salud física y mental; que la demandada no le realizó capacitación alguna para desempeñar su cargo, no le ha efectuado exámenes periódicos, tampoco le ha dado medidas de protección, higiene, seguridad industrial, ni salud ocupacional; las medidas de protección personal, solo se enfocan en la protección contra el riesgo biológico; le asignaron pacientes neonatos y de la tercera edad, que estén



hospitalizados y en consulta externa ambulatoria del área de rehabilitación física, los cuales debía atender de lunes a viernes durante 7 horas, y 4 horas un sábado al mes, más las horas extras si la demanda de pacientes así lo ameritaba.

Sostuvieron, que cuando los pacientes de la mencionada demandante necesitan de asistencia máxima o moderada, para realizar las terapias debe movilizarlos sin apoyo de otra persona, y cuando son pacientes hospitalizados, debe trasladar hasta las habitaciones sin hacer uso del ascensor, el equipo terapéutico que pesa de 3 a 5 kilos; que desde comienzos del año 2004, empezó a sentir molestias musculares, lumbares y en su brazo derecho; el 29 de noviembre de 2005 y el 10 de octubre de 2007, la A.R.L. Colpatria le diagnosticó tendinitis del supraespinoso como enfermedad profesional, y en enero de 2008, le expidió unas recomendaciones laborales, que fueron recibidas por la Fundación el 20 de febrero siguiente, sin acatarlas, motivo por el que la A.R.L. efectuó la revaloración n.º23338 el 18 de diciembre de 2013, en la que le diagnosticó síndrome de manguito rotador y bursitis en el hombro derecho como de origen profesional y con un porcentaje del 2.92% de pérdida de capacidad laboral.

Afirmaron, que a partir del octubre de 2013, la jornada laboral de la mencionada demandante le fue modificada para trabajar solo de 7 a. m a 2 p. m. de lunes a viernes, sin horas extras, y desde el año 2014, le disminuyeron una hora de trabajo entre semana hasta la 1 p. m., pero le aumentaron el número de pacientes a atender y le asignaron nuevamente turnos para los sábados, por ende, consideran que la empleadora nunca acató las recomendaciones laborales que le dieron a Ruth, pues el ritmo de trabajo continuó siendo alto, y nunca se le dio el tiempo necesario para hacer pausas activas, realizar estiramientos y fortalecimiento de su hombro, lo que ha causado

deterioro en su salud y el aumento en sus patologías porque también sufre de la espalda, viendo disminuida su capacidad laboral, su vida familiar y personal afectada por no poder ejecutar actividades cotidianas como madre y esposa (f.º 243-246).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Luego de subsanada, la demanda se admitió el 11 de abril de 2016, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 260). En providencia del 28 de octubre de 2016, se ordenó integrar a la A.R.L. Colpatria como litis consorte necesario, al haber emitido la calificación del origen de las dolencias de la demandante (f.º 377).

La **FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto que no se verifica ningún hecho en que se afirme que como empleadora incumplió sus obligaciones o que le haya impedido seguir las recomendaciones dadas por la A.R.L. el 19 de mayo de 2015 para que la trabajadora realice sus labores como Terapeuta Ocupacional, así como las demás actividades de su vida cotidiana, aunado a que fue dotada con todos los implementos de trabajo que correspondía y siempre cumplió con jornadas laborales inferiores a la máxima legal permitida, sin contar que las dolencias que la aquejan no la incapacitan porque cuenta con un porcentaje calificado de 2.92%. En su defensa, propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, buena fe, cumplimiento de las obligaciones patronales en materia de salud y protección con la trabajadora, inexistencia de incumplimiento de la empleadora respecto de las recomendaciones dadas a la demandante para realizar sus labores, inexistencia de las obligaciones reclamadas y prescripción (f.º 272-286).

**AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, contestó con oposición con el argumento de que ha cumplido todas sus obligaciones legales, administrativas, asistenciales y económicas frente a su afiliada, porque la ha valorado, brindándole el servicio de salud y le pagó las incapacidades; en su defensa invocó las excepciones de cumplimiento de las obligaciones de la aseguradora y prescripción (f.º 400-404).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de agosto de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; en consecuencia, absolvió a la Fundación demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la parte actora, tras considerar para lo que interesa a la alzada, que si bien se probó que la enfermedad que padece Ruth Montufar, denominada tendinitis de supraespinoso del hombro derecho, fue calificada por la A.R.L. como de origen profesional, y que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, otorgó un 12.70% de pérdida de capacidad laboral; lo cierto es que la trabajadora no acreditó suficientemente que tal padecimiento se haya dado por culpa de la empleadora, mientras que esta demostró que en todo momento proporcionó a la demandante los medios para la adecuada y eficaz atención de la patología que padece, pues desde el año 2005 que empezó con la sintomatología ha sido atendida de manera precisa y oportuna, y probó que desde el principio de la relación laboral ha cumplido sus obligaciones patronales en cuanto a salud ocupacional; posteriormente, el haber implementado capacitaciones, cursos y programas de prevención, atendiendo las recomendaciones dadas a la trabajadora por la A.R.L., disminuyendo por ejemplo, su jornada laboral, y facilitar en todo momento a la demandante los elementos de seguridad y prevención

de bioseguridad; y como consecuencia de ello, concluyó que la Fundación fue diligente en vigencia del vínculo laboral (f.º 498, 499).

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante **RUTH MONTUFAR**, apeló con el argumento de que hubo una indebida valoración probatoria respecto de las pruebas documentales aportadas, las declaraciones y el interrogatorio de parte absuelto por la demandada, máxime cuando confesó que no le entregaba elementos de dotación y protección, y no acreditó entregarlos para la prevención del riesgo al que estuvo expuesta desde el año 1996; señaló, que los protocolos aducidos por los declarantes, no eran protocolos de protección para evitar que se presentaran patologías como las que hoy padece.

Agregó, que pese a que se demostró que ingresó como apta para el trabajo, la empleadora no realizó exámenes ocupacionales anuales de los cuales se pudiera percatar de la enfermedad que padece y de su estado de salud; además, tampoco fue capacitada acerca de normas de protección y bioseguridad, manejo de equipo de rehabilitación, manejo de carga y movilización de pacientes dormidos para no presentar daños musculares, ni estableció medidas de protección o los procedimientos que como terapeuta ocupacional debe adelantar, por ende, no cumplió con las normas de salud ocupacional y seguridad en el trabajo.

Señaló, que tampoco se tuvo en cuenta que la fundación omitió las restricciones dadas por la A.R.L. desde el año 2017, en donde se establecía cómo prevenir la tendinitis del supraespinoso derecho, dolencia que se agudizó tal y como lo advirtió la Junta Regional de Calificación de Invalidez, lo que a la postre le generó una tendinitis del manguito rotador y una bursitis del hombro derecho, por no

existir prevención por parte de la empleadora, quien no acató las recomendaciones y restricciones; en consecuencia, considera que la enfermedad profesional fue adquirida en ejercicio de la labor desarrollada a favor de la fundación demandada, por lo tanto, no resulta viable que tenga que asumir el 100% de la pérdida de su capacidad para laboral.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el verificar si la juez de primera instancia incurrió o no en la indebida valoración probatoria en los términos aducidos por la apelante, para establecer si la empleadora de esta debe ser condenada por haber incurrido en culpa patronal frente a la enfermedad profesional que padece la trabajadora.

La jurisprudencia laboral ha establecido que para que se cause la indemnización plena y ordinaria de perjuicios ocasionados por un accidente de trabajo y/o enfermedad laboral, contenida en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, la culpa del empleador en la ocurrencia de aquellos, debe encontrarse suficientemente comprobada, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño, la prueba de que la afectación a la integridad o a la salud del trabajador fue como consecuencia de la negligencia o culpa de este último –el empleador-, en el cumplimiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores, en los términos del artículo 56 *ibídem* (CSJ SL4665-2018, SL633-2020).

Por regla general, es al trabajador a quien le corresponde la carga de la prueba de demostrar las circunstancias de hecho que dan

cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo o la causación de una enfermedad laboral, y por excepción, con arreglo a los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil, cuando se alega el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud e integridad de sus trabajadores (CSJ SL, 10 mar. 2005 rad. 23656, SL, 10 mar. 2005 rad. 23489, SL, 10 may. 2006 rad. 26126, SL7056-2016, SL2168 y SL4019-2019, entre otras).

No obstante, ello no significa que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado, seguridad y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque al no ser una responsabilidad objetiva como la que rige en materia de riesgos laborales, para que opere la mencionada inversión de la carga de la prueba, deben estar acreditadas inicialmente las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente o se originó la enfermedad de origen laboral, y que la causa eficiente del infortunio fue la previsión por parte de la persona encargada de prevenirlo (CSJ SL7513-2016, SL2206-2019).

En el presente caso, una vez examinadas las pruebas del proceso, a pesar de que no fue discutido que la demandante se encuentra vinculada a la Fundación Santa Fe en calidad de Terapeuta Ocupacional desde el 2 de septiembre de 1996 (f.º 93, 476-479), data desde la que se encuentra afiliada a la A.R.L. Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. (f.º 405), que el 20 de mayo de 1997 en el examen de ingreso fue calificada como apta para trabajar sin restricciones (f.º 287), y que padece unas dolencias que fueron calificadas como de origen profesional, como no quedó establecida la culpa suficientemente comprobada del empleador en las

enfermedades profesionales que padece la demandante, no puede endilgarse responsabilidad alguna a la demandada, por lo siguiente:

En efecto, a f.º 288 reposa el acta de Prevención Integral de Lesiones Osteomusculares, Fase Diagnóstica, Prueba Tamiz Morbilidad Sentida para Segmento Cervicobraquial y Dorsolumbar de la Fundación y A.R.L. demandadas, la cual fue diligenciada por la demandante el 21 de marzo de 2006, como Terapeuta Ocupacional, con la cual se identificaría las principales molestias osteomusculares referidas por ella, y así planear actividades tendientes a minimizar los efectos secundarios en la salud de esta.

Así mismo, reposa de f.º 289 a 292 el Análisis del puesto de trabajo de la demandante, realizado en febrero de 2007, por la Fisioterapeuta especialista en Salud Ocupacional de la A.R.L. Colpatria en la Fundación aquí demandada, en virtud de la solicitud elevada por la E.P.S.

En abril de 2007, la Jefe de Administración de Personal, Compensación y Beneficios de la demandada, le entregó a Ruth Montufar la descripción del cargo de terapeuta ocupacional, realizada en colaboración con el jefe inmediato de esta, que contiene la información actualizada de las áreas bajo su responsabilidad; el documento, contiene la firma de recibido de la demandante (f.º 327); lo que ratifica lo dicho frente a este aspecto por las partes en su interrogatorio de parte.

El 10 de abril de 2007, la Coordinadora de Salud Ocupacional de la Fundación demandada, solicitó a la Coordinación de Procesos P.O.S. de Colpatria E.P.S., la calificación del origen del diagnóstico padecido por la trabajadora Ruth Montufar, denominado *tenosinovitis y artrosis acromioclavicular derecha* «con el fin de determinar la responsabilidad en la organización de la prestación de los servicios de salud

*derivados de su patología»,* por lo que remitió la certificación de cargos desempeñados por la demandante, las historias clínicas médica y ocupacional, y la valoración del puesto de trabajo reseñada (f.º 293).

De f.º 34 a 39, 294 a 298, obra calificación de origen de la trabajadora Ruth Montufar, expedida el 19 de octubre de 2007 por la entonces A.R.P. Colpatria S.A., en la que se estableció que la enfermedad denominada *tendinitis del supraespinoso derecho* diagnosticada en diciembre de 2006, es de origen profesional, sin asignación de porcentaje de pérdida de capacidad laboral. El diagnóstico que registra dentro del plenario, fue realizado por el ortopedista de la Fundación Santa fe de Bogotá, el 11 y el 16 de diciembre de 2006 (f.º 104, 171, 172).

Las testigos Andrea Ballén y Diana Riveros, terapeutas de la entidad demandada y compañeras de trabajo de Ruth Montufar, señalaron, que periódicamente se realizan evaluaciones de salud ocupacional, lo que se confirma con la documental de f.º 94 a 103, 105, 298 vto a 301, 303, 308, 309 y vto, 313 y vto, 325 y vto, donde reposan conceptos médicos de aptitud laboral realizados a la demandante por parte de la A.R.P. Colpatria, hoy A.R.L. Axa Colpatria y Medilaboral, para los días 28 de enero, 7 de mayo, 12 de junio, 21 de noviembre de 2008, 14 de enero de 2011; 30 de enero, 25 de julio, 2 de octubre, 29 de noviembre, 18 de diciembre de 2013; 10 de enero, 12 de marzo, 27 de octubre de 2014, y el 19 de mayo de 2015; donde dan cuenta que debido a los diagnósticos indicados, se inició manejo por fisioterapia, se emitieron recomendaciones laborales y extralaborales en toda actividad que realice la trabajadora inicialmente por 6 meses, los cuales se volvieron permanentes, y se estableció que la paciente es apta con recomendaciones para desempeñar el cargo de terapeuta ocupacional en la fundación demandada, debiendo continuar en control periódico por fisioterapia, ortopedia y medicina laboral; y que la



demandante es *«un ser integral responsable único de su bienestar y salud»* por lo que *«de su autocuidado depende su futuro en la mejoría y rehabilitación de su enfermedad (...)»*. Así que no obra dentro del plenario prueba de que con anterioridad al año 2008, la demandante gozara de recomendaciones dadas por la A.R.L., como lo afirma en el recurso de apelación.

Las atenciones, medicamentos, órdenes de imágenes diagnósticas e incapacidades por parte de las áreas de Salud Ocupacional, Ortopedia y Traumatología, Emergencias, Medicina Interna, Apoyo Terapéutico y Medicina General de la Fundación demandada a Ruth Montufar por virtud del convenio con la A.R.L. Axa Colpatria para empleados, se verifican de f.º 173 a 177, 179 a 186, 195 a 197, 206 a 221, 223 a 234, 304 a 307 las cuales fueron realizadas el 15 de marzo de 2004, 8 de agosto de 2005, el 2, 16 de junio de 2006, el 21 de diciembre de 2007, el 19, 22 de febrero, 10, 14, 15 de julio, 1.º de octubre de 2008, 2 de julio de 2010, 7 de junio de 2012, el 8 de julio de 2014, el 3 de marzo, 2, 23 de julio de 2015; lo que riñe con lo dicho por algunos testigos y por la misma demandante, en el sentido de indicar que sus padecimientos se dieron desde el año 1997, porque aquí ello no quedó demostrado.

Es más, los controles, la prescripción de medicamentos e incapacidades por Fisiatría, Ortopedia y Traumatología, Medicina Laboral, Fisioterapia efectuados por parte de Axa Colpatria, que se observan de f.º 178, 187 a 194, 198 a 205, 222, 32, 323, realizados el 4 de febrero de 2008, 12 de septiembre de 2013, 16 de julio, 19 de noviembre de 2014, el 15 de enero, 15 de febrero de 2015. Así como también, la demandante admitió en el interrogatorio de parte, haber recibido terapias para su enfermedad profesional, de modo que no se observa desidia o negligencia de la empleadora en la atención y seguimiento de las dolencias de la demandante.

Adicional a lo anterior, de f.º 301 vto la Coordinadora de Salud Ocupacional de la Fundación demandada, le comunicó el 25 de junio de 2008 a la demandante, que luego de la valoración médica realizada por el galeno Carlos Sabogal de la A.R.L. Colpatria, *usted va a participar en un programa de acondicionamiento físico con una terapeuta ocupacional, durante el cual se le enseñarán actividades de higiene de las estructuras osteomusculares, con énfasis en manejo de cargas y posturas para fortalecimiento muscular y manejo del dolor, ejercicios de calentamiento y estiramiento muscular y las pausas activas. Adicionalmente, recibirá una nota remisorio para valoración por Ortopedia y Fisiatría de su EPS*, documento que tiene la firma de recibido de la demandante.

A f.º 302 y vto se encuentra el programa de seguimiento de lesiones osteomusculares realizado a Ruth Montufar el 6 de noviembre de 2009 por la Fundación y la A.R.L. demandadas, en el que se halló que la evolución de la sintomatología de la trabajadora se mejoró después de las recomendaciones de la A.R.P., que en ocasiones reaparece el dolor, y que mejoraron las A.V.D. (actividades de la vida diaria), por lo que hace un año que no se incapacita desde que se le suprimió la actividad de movilizar pacientes.

De f.º 344 a 364 y 367, obra invitación dirigida a la demandante por parte de la Coordinadora de Salud Ocupacional de la demandada, y constancia de la participación de la demandante como paciente con diagnóstico *tendinitis del supraespinoso hombro derecho*, en los programas Movimiento y Salud, Vida Activa y Reeducción Muscular, lanzados el 18 de agosto de 2011 por la Fundación y la A.R.L. demandada, con la entrega de los respectivos cronogramas y las planillas de asistencia de las cuales se verifica que en algunas ocasiones, la demandante no asistió. Así las cosas, se desvirtúa lo dicho por la demandante en el interrogatorio de parte, en cuanto que, estos programas eran solo para gente externa de la fundación o

dirigido a personas que no tienen en enfermedades, en todo caso, admitió tener conocimiento de estos programas.

Ahora bien, a f.º 46 y 482 obra notificación de la A.R.L. Colpatria S.A., dirigida a la demandante, en donde se le comunica que el diagnóstico de las patologías *síndrome del manguito rotatorio* y *bursitis del hombro* realizado el 8 de octubre de 2013, son de origen laboral.

Por otra parte, a f.º 50 a 52, 58, 310, 311, 406 a 415, 480 y 481 milita la evaluación de pérdida de capacidad laboral efectuada el 23 de diciembre de 2013 por parte de la mencionada A.R.L., en la que se indica que los diagnósticos *síndrome del manguito rotatorio* y *bursitis del hombro derecho* son de origen laboral, con fecha de estructuración al 7 de noviembre de 2013, y un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 2.92% «sin secuelas calificables», que posteriormente, el 17 de diciembre de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, aumentó a un 12.70% con fecha de estructuración al 3 de diciembre de 2018 (f.º 458-461).

En diciembre de 2014, la Fisioterapeuta de la A.R.L. Axa Colpatria asignada a la Fundación aquí demandada, y la Coordinadora de Salud Ocupacional de la demandada implementaron el programa de pausas saludables y ejercicios terapéuticos para minimizar el riesgo de ocasionar lesiones o los síntomas de las mismas, como plan de trabajo de higiene postural y como terapias caseras, en donde se presenta una tabla de estiramientos y de ejercicios de movilidad articular (f.º 59-69).

El 24 de diciembre de 2014, la Coordinadora de Salud Ocupacional de la demandada, le remitió a la Jefe Administrativa de Servicios de Rehabilitación, el seguimiento a las recomendaciones

emitidas por la A.R.L. a Ruth Montufar, así como las recomendaciones internas de la Fundación (f.º 321).

El 5 de marzo de 2015, el Equipo de Trabajo de Rehabilitación Física de la Fundación demandada realizó la revisión de recomendaciones médicas de varios trabajadores incluida la demandante Ruth Montufar (f.º 324), revisión que se efectuó nuevamente el 23 de mayo de 2016 (f.º 365); en estos documentos, se indican que algunas personas no asisten a las sesiones de estiramientos de los martes y los jueves, se recuerda la importancia de la realización de las pausas activas y el autocuidado con las recomendaciones extralaborales; además, se cambiaron los esquemas de atención de pacientes con prueba piloto asignando solo neonatos y pacientes con rehabilitación cognitiva sin pacientes ambulatorios, se evaluó la posibilidad de tener un auxiliar de rehabilitación, con la alternación de actividades administrativas cada dos horas; y se adujo que en la Fundación se estaban cumpliendo las recomendaciones con las actividades del programa de prevención de lesiones osteomusculares, seguimiento por fisioterapeutas.

La testigo y terapeuta de la Fundación demandada Andrea del Carmen Ballén, sostuvo que las terapeutas no estaban como tal, a cargo de la movilización de los pacientes, sino solo en terapia en donde pueden acudir a los cuidadores, o al personal de enfermería auxiliares o jefes, cuando son pacientes pesados, de manera que no necesariamente son los terapeutas quienes deben hacer la movilización; y que en situaciones extremas, la fundación provee unas grúas con arneses especiales que debe utilizar el trabajador para trasladar a los pacientes pesados y con difícil movilidad de una cama a una silla y viceversa; agregó, que para efectos de transportar cosas de un piso a otro, existen los ascensores en todos los pisos.

Estas afirmaciones, prácticamente se corroboran con el documento que el 31 de marzo de 2015, la Coordinadora de Salud Ocupacional de la fundación, le remitió a la demandante en calidad de fisioterapeuta, esto es, la evaluación de situación de trabajo para acompañamiento laboral realizado a través de visita del 12 de noviembre de 2014, por parte de la Fisioterapeuta especialista en higiene y salud ocupacional de la A.R.L. Axa Colpatria, en el que se analizaron las condiciones del puesto de trabajo, y entre otras cosas, se estableció que dentro de la jornada de trabajo de 6 horas diarias de lunes a sábado de 7 a. m. a 1 p. m. sin horas extras (horario fijo que tiene desde noviembre de 2014), para la movilización de 10 a 13 pacientes diarios, de distintas edades cuenta con el apoyo de un auxiliar de piso o de un familiar del mismo paciente, algunas veces debe hacerlo sola aunque no todos los pacientes requieren ser movilizado; que cuando el peso del paciente supera los 40 kg, la demandante no lo moviliza completamente; que los desplazamientos al área de hospitalizados los realiza por el ascensor, pero dependiendo la demora en tomarlo, accede a dicho área a través de las escaleras.

Se indicó además, que la fundación tiene establecido un período de descanso de 15 minutos dentro de la jornada laboral; sin embargo, la demandante no hace uso del mismo, por lo que concluyó la funcionaria de la A.R.L., que *«se evidencia el cumplimiento de las recomendaciones médico.- laborales, excepto en lo que se refiere a ritmo moderado de trabajo debido al ritmo de trabajo alto de la atención terapéutica de pacientes que implica manipulación manual de los mismos para traslados»*, y emitió una serie de recomendaciones laborales que se encuentran en el capítulo 7.º de la evaluación (f.º 74-87, 314-320).

También, el 28 de julio de 2015, hubo una reunión en la oficina de administración de la Fundación demandada, en la que, en presencia de la demandante Ruth Montufar, otros terapeutas ocupacionales y la Jefe Administrativa de Recursos Humanos, se

trataron temas relacionados con los horarios, protocolos, entre otros (f.º 326).

Entre el 16 de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, se efectuó un seguimiento del plan de desempeño de la demandante, por parte de la Jefe Administrativa de Servicios de Medicina Física y Rehabilitación, en el que se advirtió que por tener restricciones laborales, desde enero de 2015 solo atiende neonatos; que se ha accedido a la actualización de protocolos en el manejo de pacientes de terapia ocupacional, de manejo de neonatos de alto riesgo y pacientes infantiles con patrones disfuncionales de integración sensorial, de valoración de terapias ocupacionales para el paciente adulto y de valoración geriátrica (f.º 368-374).

Por otra parte, la demandante Ruth Montufar, admitió en su interrogatorio de parte, que como terapeuta ocupacional, le enseñaron en la academia higiene postural y técnicas de ergonomía con el fin de desarrollar sus funciones, por tanto, sabe que antes de iniciar labores debe realizar estiramientos y pausas activas a lo largo del día, las cuales las hacía sola o en compañía con sus otros compañeros cuando llegaba alguien a hacerlas para todos; manifestó, que también ha prestado servicios como terapeuta ocupacional fuera de la Fundación demandada y a domicilio; que desde el año 2016 y que al momento en el que absolvió el interrogatorio de parte (abril de 2018 – f.º 418, 430, 431), solo atendía pacientes neonatos que pesan menos de 5 kg.

Agregó, que tiene conocimiento de la existencia de un reglamento de higiene y seguridad industrial en la fundación demandada, pero que nunca lo ha leído; aceptó que la entidad demandada les facilitó carros de transporte desde el año 2013, para trasladar las cargas o los implementos, lo que dicho sea de paso se

constata con los documentos aportados con la contestación de la demanda visibles de f.º 341 a 343 y con los dichos de las terapeutas ocupacionales Diana Riveros, Milena Cano y Andrea Ballén, quienes al rendir su declaración sostuvieron por una parte, cuáles son los conocimientos académicos y profesionales de biomecánica, ergonomía y distribución de cargas que todos los terapeutas y fisiatras aplican al desarrollar su labor, y por otra, que en dichos carros se transportan los elementos que necesitan para sus labores y que en los últimos años, la fundación suministró una maleta ergonómica de carga bilateral para llevar el material, sin embargo, como la demandante para abril de 2018 trabajaba en neonatos, no tenía que transportar ninguna carga de un lado a otro, sino solo una tarjeta de acceso.

De otro lado, dejando al margen lo sostenido por algunos testigos que rindieron su declaración ante el Juzgado, la demandante también aceptó en su interrogatorio de parte, que a partir del año 2012, le fue modificado el número en cantidad de pacientes a atender pues en ese año debía atender 14 pacientes de cualquier edad durante la jornada laboral, en el 2013, solo a 13, en el 2014, solo a 10, y a finales de ese año, solo le indicaron atender 2 pacientes neonatos y pediátricos hasta los 14 años de edad.

Así mismo, de f.º 47 a 49 se aportó un correo electrónico de la Coordinadora Administrativa de Medicina Física y Rehabilitación de la Fundación demandada, en el que remitió la propuesta de turnos de fin de semana entre octubre y diciembre de 2013, en el que se indicó que se hacía efectuado la modificación teniendo en cuenta la demanda del servicio de terapia física, y las restricciones de medicina laboral y salud ocupacional que tienen las trabajadoras. Allí se observa, que la demandante solo fue programada un fin de semana

en septiembre, octubre y noviembre y dos fines de semana en diciembre.

De manera que, con las probanzas aquí reseñadas, considera la Sala que la empleadora cumplió con la carga procesal de acreditar, en cuanto se enteró de los padecimientos de origen profesional que hoy sufre la demandante, la realización del seguimiento en el cumplimiento de las recomendaciones dadas a la demandante por la A.R.L. y por Salud Ocupacional de la Fundación, a través de modificaciones en las jornadas de trabajo, cambio en la cantidad de pacientes y en la carga moderada de trabajo, así como haberle prestado de manera directa los servicios médicos que ha requerido a través del convenio que tiene con la A.R.L. Axa Colpatria para los empleados; sin que se hubieran demostrado por parte de la demandante que las circunstancias concretas en las que originó la enfermedad de origen laboral, se dieron justamente desde el momento en que ingresó a trabajar para la fundación.

Y a pesar de que la Fundación no allegó el reglamento de higiene y seguridad ocupacional, la demandante afirmó conocer su existencia y las testigos Diana Milena Riveros y Andrea Ballén, compañeras terapeutas ocupacionales en la fundación, así como la Coordinadora de Gestión Clínica, Milena del Pilar Cano Gómez, y la Fonoaudióloga Maryori Cárdenas Quintero, señalaron que sí está publicado junto con el programa de salud ocupacional y los protocolos de seguridad en el movimiento de pacientes. También, contrario a lo aducido en la apelación, acreditó la demandada la realización periódica de exámenes médicos de aptitud laboral y de reinducciones y capacitaciones relacionadas con los protocolos para el manejo de pacientes, bioseguridad y salud ocupacional.



Esto último es así, por cuanto frente a las capacitaciones que la apelante adujo no haber recibido, la empleadora desvirtuó tal afirmación con los documentos que reposan de f.º 328 a 336, que dan cuenta de la participación de Ruth Montufar en cursos denominados Entrenamiento en el manejo de paciente de cuidado crítico, Green Belt, Soporte vital básico - SVB de reanimación en adultos, Actualización soporte vital básico entrenamiento en desfibriladores, Circuito orientado a actitudes seguras con bioseguridad, salud ocupacional y seguridad del paciente, Expertos en seguridad del paciente, Reinducción general, realizados el 22 de noviembre de 2004, octubre de 2007, 28 de octubre de 2009, 29 de octubre de 2012, 10, 11 de diciembre de 2014, 26 de junio de 2015, respectivamente; lo que desvirtúa no solo lo alegado en la apelación sino el dicho de algunos testigos al afirmar que la demandante nunca recibió capacitaciones o que solo las recibió para efectos de evitar contagios e infecciones.

Por otra parte, la demandante sostuvo que no le dieron los implementos de trabajo, y en su interrogatorio de parte, siempre se refirió a una faja para calmar sus dolencias; sin embargo, de f.º 337 a 340 se allegaron los soportes de entrega de dotación a la demandante para los años 2010, 2011, 2013 y 2014, que también admitió haber recibido la testigo Diana Riveros; y esta última junto con las testigos Milena Cano y Lucila Arcila Rodríguez, Fisioterapeutas de la Fundación demandada, sostuvieron al unísono que una faja no sirve ortopédicamente para prevención de problemas de hombro como el que padece la demandante, porque disminuye la potencialidad del músculo, mucho menos una faja lumbar y que es difícil aislar el funcionamiento de los miembros superiores en tratándose de movilización de pacientes e incluso en actividades cotidianas como escribir o sostener cosas, pues todos los movimientos de los brazos requieren trabajo en los hombros, por lo

que siempre se debe tener es una buena higiene postular con los respectivos ejercicios, de modo que no se acreditó que la demandante en efecto necesitara como elemento de protección una faja para su hombro derecho.

Así las cosas, valoradas en conjunto las pruebas reseñadas al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye contrario a lo sostenido por la parte demandante, que no quedó acreditada la culpa suficientemente comprobada del empleador en la enfermedad profesional que padece la demandante Ruth Montufar, al verificarse que la Fundación Santa Fe de Bogotá, no fue negligente ni omitió los deberes de protección, cuidado y seguridad señalados de manera general en el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, y por tanto, no hay lugar a imponer condena alguna por la indemnización de perjuicios deprecada; en consecuencia, conforme con lo dicho, se **confirmará** la sentencia apelada, sin costas en la instancia ante su no causación.

Finalmente, no se emitirá pronunciamiento alguno en relación con la petición elevada en nombre propio por la demandante, que reposa de f.º 505 y 506, porque no fue coadyuvada por su apoderado judicial al tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y en todo caso, la forma cómo puede reclamar el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial ante la A.R.L. Axa Colpatria, escapa a la competencia de la Sala al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues tal pedimento no fue incoado desde los albores de la demanda, ni hizo parte de la fijación del litigio que hizo la *a quo* en audiencia celebrada el 10 de abril de 2018 (f.º 418, 430, 431).

Y en lo que respecta a la petición de fijación de honorarios definitivos del perito actuarial o contador que obra a f.º 503 y 521, se ha de indicar la Sala, que los mismos deben ser establecidos en el momento procesal oportuno por la juez de primera instancia, tal y como se advirtió en providencia emitida por esta Corporación el 18 de noviembre de 2019 (f.º 519).

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



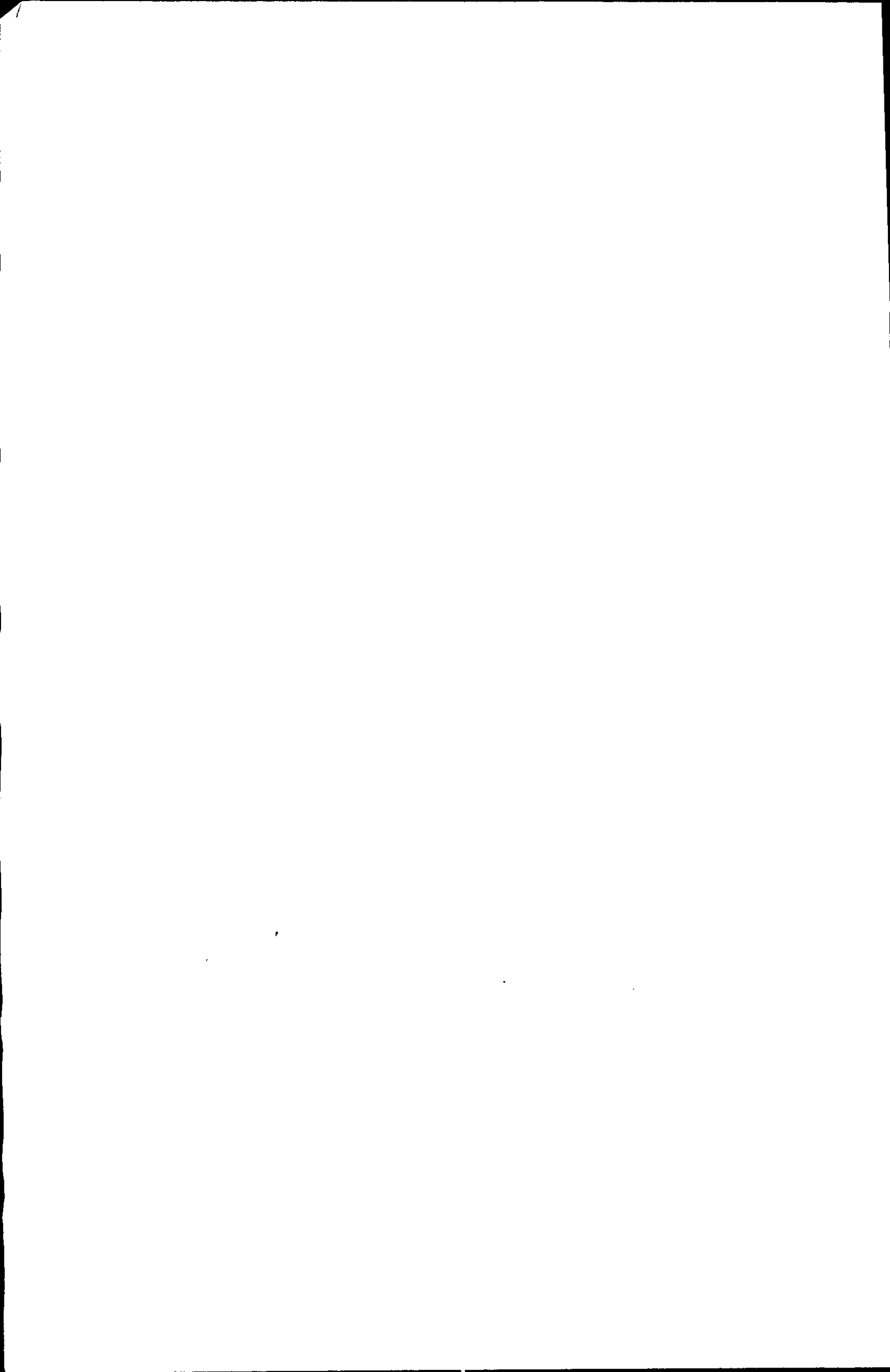
**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  

---

Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **JAIRO KAPILA TORRES BENÍTEZ** en contra de **ABOGADOS A SU ALCANCE S.A.S.**

**EXP. 11001 31 05 032 2018 00401 01**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare la existencia de una relación laboral en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades entre el 5 y el 20 de febrero de 2018, el cual terminó sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de 16 días de salario, cesantías, intereses a las cesantías doblados, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, intereses moratorios, perjuicios morales en cuantía de 20 S.M.L.M.V., indexación y las sumas de dinero que suministró el 20 de febrero de 2018, para adelantar gestiones relacionadas con la demanda de José Hugo Zuleta Gutiérrez (f.º 4-6).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, adujo que es abogado y desde el 9 de diciembre de 2016, residía con su familia en Chinchiná, Caldas; publicó su hoja de vida en la página web '*CompuTrabajo*' con el fin de retornar a Bogotá a ejercer su profesión; que aplicó el 24 de enero de 2018, a una convocatoria laboral realizada por la demandada a través de ese portal, por lo que fue llamado para presentarse a una entrevista grupal en Bogotá con el abogado Edwin Gutiérrez, la cual finalmente se llevó a cabo el 30 de enero siguiente junto con otras 5 personas; posteriormente, el 1.º de febrero tuvo otra entrevista individual con el mencionado profesional del derecho, quien le indicó la posibilidad de ser contratado laboralmente bajo un horario de lunes a viernes de 8 a. m. a 5 p. m. y los sábados de 9 a. m. a 12 m. con una hora de almuerzo.

Señaló, que finalmente se trasteó de ciudad para iniciar labores el 5 de febrero de 2018, para lo cual le entregaron una lista para aportar documentos y así firmar un contrato, los cuales fueron

entregados el 7 de los mismos mes y año; sin embargo, no le dieron documento alguno para firmar; que sus funciones fueron las indicadas en el hecho n.º 25, las cuales fueron cumplidas bajo el cumplimiento del mencionado horario y la subordinación de la demandada, de acuerdo al reparto de procesos judiciales realizados por quien lo entrevistó, y con quien pactó una retribución mensual de \$2.200.000.

Indicó que el 19 de febrero de 2018, el abogado Edwin Gutiérrez le manifestó que no podía continuar prestando sus servicios por cuanto no se había aprendido los nombres y la situación de los procesos asignados, pero que debía asistir el día siguiente a la audiencia de conciliación citada por la Comisaría de Familia en Armero Guayabal, Tolima, con el fin de asistir a José Hugo Zuleta Gutiérrez dentro del proceso de custodia y cuidado personal, alimentos y regulación de visitas de la hija menor de dicho señor; manifestó, que aunque se trasladó el 20 de febrero siguiente a la mencionada comisaría, la diligencia se aplazó, por lo que prestó sus servicios hasta ese día; que el 28 de febrero de 2018, remitió a Edwin Gutiérrez por correo certificado un informe detallado del estado de los procesos asignados a su cargo y de las actividades realizadas, lo cual fue recibido el 1.º de marzo de dicha anualidad (f.º 6-12).

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 10 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 51), quien contestó con oposición con el argumento de que no existió una relación laboral entre las partes, solo el otorgamiento de poderes para representar como abogado externo a clientes de la firma a cambio de una cuota litis del 25% al finalizar los procesos, no obstante fue negligente en su labor como apoderado judicial, sin cumplimiento de horario ni de

órdenes; en su defensa, invocó la las excepciones de inexistencia de relación laboral y cobro de lo no debido (f.º 66-77).

La demanda se reformó para adicionar los hechos n.º 38 a 41 y pruebas (f.º 78-111), la cual fue admitida el 3 de septiembre de 2018 (f.º 112), pero la demandada guardó silencio al respecto (f.º 113).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de septiembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, vigente desde el 5 al 20 de febrero de 2018; en consecuencia, condenó a la demandada al pago de salarios, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías doblados e indexados, vacaciones indexadas, indemnización indexada del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y la del artículo 65 *ídem* desde el 20 de febrero de 2018 por 24 meses, a partir del cual corren intereses moratorios respecto de salarios y prestaciones sociales, más las costas, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, motivó la decisión en que el demandante acreditó la prestación personal de sus servicios como abogado en el lapso indicado y que para tal efecto, aplicó a una oferta de trabajo realizada con la convocatoria registrada en la página web de empleos *computrabajo*, en la que se especificó la descripción de la oferta, el cargo como abogado litigante, la fecha de contratación para el 23 de enero de 2018, el salario de \$2.200.000, la cantidad de vacantes que habían disponibles y la descripción del cargo; además, se adelantaron por parte de la demandada, los trámites para el proceso de contratación con entrevista, sin que se hubiera diligenciado el presunto acuerdo comercial por escrito entre las



partes.

Señaló, que las manifestaciones efectuadas por el representante legal de la demandante en el interrogatorio de parte resultaron contradictorias con lo afirmado en la contestación a la demanda, y de ninguna manera desvirtúan el elemento subordinación; por el contrario, quedó probada dicha situación con la declaración de la Abogada Natalia Taborda, quien dio cuenta del cumplimiento de un horario de trabajo por parte del demandante sin autonomía alguna en la realización de sus labores.

En relación con el modo de terminación del contrato, sostuvo que se dio en forma unilateral por parte del empleador, quien adujo para tal efecto, no conocer los procesos que se le habían asignado al demandante, ni los documentos al interior de cada uno, mientras que el demandante sí acreditó haber realizado gestiones respecto de cada proceso asignado con el informe laboral enviado por correo certificado a la demandada; adujo, que teniendo en cuenta que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo ya tiene una indemnización tarifada, no accedió a los perjuicios morales reclamados, que tampoco fueron acreditados. Y más aún, cuando no lo advirtió en la parte resolutive, dentro de las consideraciones ordenó el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones por el tiempo laborado con un salario de \$2.200.000, conforme el cálculo actuarial que realice la entidad de pensiones a la cual se encuentre afiliado el demandante (f.º 130-132).

#### IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante**, apeló con el fin de que se concedan los perjuicios morales de los que ha sido objeto, dado que la demandada argumentó que no era capaz para administrar o llevar una actividad

para la cual fue contratado o para manejar procesos, pese a haber cumplido con todos los requerimientos ante la firma y ante otras entidades, demostrando así que es un profesional idóneo, aunado a que como se accedió a la indemnización por terminación del contrato de trabajo, no le puede quedar al usuario o a un posible cliente una idea falsa de que no tiene las habilidades propias; en todo caso, en 15 días no podía acreditarse tal situación, mucho menos cuando se encontraba en un período de adecuación del contrato, así que solicita se ampare su derecho al buen nombre.

La **demandada**, solicitó se revoque en su integridad la sentencia, empero, su recurso de apelación lo basó en que no se dieron los elementos necesarios para la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo, por tanto se incurrió en una indebida valoración probatoria, porque por una parte, se tuvo como prueba unos pantallazos que obran a f.º 82 y 83, sin que hubieran sido aportados en debida forma, pues se desconoce su autenticidad y no pudieron ser controvertidas; aunado a que no fueron admitidos los hechos 5.º a 8.º, ni que el demandante se hubiera presentado a una convocatoria efectuada a través del portal web '*computrabajo*'.

Agregó, que la declaración de Natalia Taborda no fue fidedigna a los hechos reales ni tuvo una contratación similar al demandante, por lo que no se le puede dar credibilidad probatoria, así que insiste en que el abogado demandante se vinculó a la firma a través de un acuerdo comercial verbal teniendo en cuenta su acreditación como profesional en derecho y la experiencia que pudiera aportar a la compañía, máxime cuando no se le hizo algún proceso de contratación con entrevista ni de inducción laboral o entrega de implementos de trabajo; no puede derivarse una relación laboral del hecho de habersele exigido al demandante que cumpliera sus deberes en virtud de la ética profesional y lealtad entre los colegas del equipo

de trabajo, además el cliente Gutiérrez, desistió de los servicios profesionales del demandante porque no hubo gestión de su parte; también se acreditó la autonomía en la labor porque sin necesidad de acudir a una audiencia, decidió ir sin los recursos para tal efecto, y no presentó cuenta de cobro por los gastos en que hubiera incurrido.

Señaló que, en gracia de la discusión, no se dio un despido sin justa causa, porque para ello tendría que tenerse en cuenta el período de prueba establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que es un tiempo que se faculta a las partes para darlo por terminado sin justificación alguna ni que se considere un despido, más aún cuando hubo mala fe por parte del demandante al fijar la cuantía de la demanda y pretender ahora un acuerdo exorbitante

## **V. CONSIDERACIONES**

En estricta aplicación del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de Decisión, por cuestiones de método, tendrá como problema jurídico primigenio, el verificar inicialmente, si hay lugar a declarar una relación laboral entre las partes, bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, para posteriormente establecer si hay lugar a la imposición de la indemnización de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Proceso; y finalmente, estudiar la viabilidad de los perjuicios reclamados por el actor, en la medida en que según lo ha establecido la jurisprudencia de nuestro Órgano de cierre, el hecho de que una parte manifieste que apela todas las condenas, no implica que el Tribunal asuma la competencia, si no aparece sustentado en debida forma, la inconformidad o el motivo por el cual se pretende se revoque o modifique la decisión de primera instancia, respecto de un concepto puntal (CSJ SL2764-2017 y SL2879-2019).

**De la existencia de la relación laboral – aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.**

Así las cosas, para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Analizado el material probatorio aportado al proceso, fácilmente se puede concluir que le asiste la razón al *a quo* por lo siguiente:

Llama ostensiblemente la atención de la Sala, los argumentos planteados por la demandada en su apelación, en cuanto a que no tuvo la oportunidad de controvertir los pantallazos que fueron impresos aparentemente del correo electrónico del cual es titular el demandante y que fueron incluidos dentro de los hechos 5.º a 8.º de la reforma a la demanda (f.º 82-83), pues en primera medida, este aspecto no varió en nada frente a la demanda inicial, como dan cuenta los f.º 7.º a 9.º, contentivos de los hechos 5.º y 6.º, de los

cuales, la demandada contestó de manera oportuna que sí era cierto lo allí relatado, esto es, la publicación en enero de 2018, de una convocatoria laboral por parte de la firma de abogados demandada, mediante la página web 'computrabajo' consistente en la oferta de 6 vacantes para el cargo de abogado litigante con fecha de contratación para el día 23 de los mismos mes y año, y un 'salario neto mensual' de \$2.200.000, a la cual aplicó y se inscribió el demandante.

Así como también, la demandada admitió como parcialmente cierto lo afirmado en el hecho 8.º, en el sentido de llamar al demandante el 27 de enero de 2017, para que asistiera a una sesión de entrevistas grupales luego de haber revisado su hoja de vida (f.º 67), y aquí vale la pena precisar, que en lo único que se reformó la demanda, fue para adicionar los hechos 38 a 41 y las pruebas documentales que fueron aportadas de f.º 92 a 111, escrito que dicho sea de paso, la demandada no contestó, como da cuenta la providencia del 20 de septiembre de 2018; lo que conlleva a tener esa omisión como un indicio grave en su contra, respecto de los aspectos que fueron objeto de reforma (parágrafo 2.º del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social).

De manera que, a pesar de que las mencionadas impresiones de pantalla no fueron relacionadas en estricto sentido como documentos dentro del capítulo de pruebas en la demanda, ni fueron aportados en hoja separada del libelo, no se equivocó el *a quo* en tenerlas en cuenta al estar plenamente habilitado para ello, de conformidad con los artículos 164, 165, 191, 193 y 196 del Código General del Proceso, aplicables al procedimiento laboral por vía de remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 51 *idem*, que regulan lo atinente a la confesión a través de apoderado judicial como medio de prueba; máxime cuando estuvo implícita la revisión de tales impresiones por parte del profesional del derecho, al

redactar la contestación de la demanda, y sin embargo, guardó silencio dentro de la oportunidad procesal respectiva, acerca de un eventual desconocimiento de los pantallazos y de las situaciones relatadas en los mencionados hechos, pudiendo aportar y solicitar pruebas que desvirtuaran estos aspectos, pero no lo hizo.

Es más, el representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte a instancias del actor, dio cuenta de que para efectos de contratar a los abogados en la firma se realizan convocatorias en las que se establecen los parámetros de la contratación, y que quien se encarga de las entrevistas y el proceso de selección es el Dr. Edwin Gutiérrez; motivo por el cual sorprende a la Sala, el hecho de que en la apelación se pretenda desconocer no solo la confesión realizada al contestar la demanda, sino el *modus operandi* de la firma demandada para vincular a los nuevos profesionales del derecho, que incluso subsiste si se consulta el link de la empresa en la página web de *computrabajo*, pues se encuentra una oferta similar publicada el 21 de julio de 2020<sup>1</sup>; por lo que se despacha desfavorablemente el recurso de apelación de la demandada en este aspecto.

Ahora bien, como en el presente caso no estuvo en discusión la prestación personal de los servicios del demandante como abogado, entre el 5 y el 20 de febrero de 2018, pues así se acredita con las 14 sustituciones de poder realizadas por la representante legal (f.º 17-19) al demandante, con membrete de ‘*Abogados a su Alcance*’ radicadas el 13 y el 15 de febrero de 2018, ante los Juzgados Civiles Municipales y del Circuito de esta Ciudad (f.º 20-33), y también lo admitió la demandada en la respuesta que dio de los hechos 24, 25, 31 y 38 de la demanda (f.º 10, 11, 69, 70, 71), restaría verificar si la

---

<sup>1</sup> <https://www.computrabajo.com.co/abogados-a-su-alcance/empleos/oferta-de-trabajo-de-abogado-litigante-experiencia-en-atencion-a-personas-naturales-en-bogota-dc-3B6A8D22FB6BC1CE61373E686DCF3405>

firma demandada cumplió con la carga de desvirtuar la presunción a la que se hizo referencia.

Sin embargo, de las pruebas solicitadas en la contestación no se colige tal situación, porque por un lado, la pasiva no se opuso a la decisión que tomó el *a quo* de no decretar pruebas testimoniales a su favor en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (f.º 122, 123); por otro lado, no acreditó el diligenciamiento de las oficios solicitados y decretados en su favor, tampoco se opuso al cierre del debate probatorio (f.º 130-132), y el representante legal que absolvió el interrogatorio de parte no tuvo conocimiento absoluto de la forma en que fue vinculado el demandante a la compañía, ni los pactos relacionados con la remuneración y el desarrollo de las labores.

Y, en lo que tiene que ver con el interrogatorio de parte del demandante, se constata que, a pesar de haber usado el máximo de preguntas legalmente permitido, de ninguna manera se efectuaron interrogantes contundentes con el fin de obtener una confesión en relación con la presunta autonomía con la que pudo haber ejecutado las labores Jairo Kapila Torres, en su calidad de abogado litigante.

Al contrario, el demandante a pesar de no tener la carga procesal de hacerlo por virtud de la presunción del mencionado artículo 24 que se activó al acreditar la prestación personal de sus servicios, probó en el juicio que durante el corto tiempo que desarrolló labores en favor de la demandada, estuvo sujeto a una continuada subordinación, pues así lo sostuvo la testigo Natalia Vanesa Taborsa Carrillo, excompañera de trabajo en 'Abogados a su Alcance', quien no fue tachada por sospecha, y en forma clara, detallada y específica, manifestó que entraron a trabajar y salieron los mismos días; que

ninguno firmó contrato para su vinculación, sino que esta se dio verbalmente.

Agregó la testigo, que también le ofrecieron como sueldo el mismo monto que al demandante; que ambos cumplieron un horario diario de 8 a. m. a 5 p. m. en la oficina, con una hora de almuerzo a las 12 m., excepto cuando existiera alguna diligencia a la que tuvieran que salir, pero siempre en cumplimiento de las funciones indicadas por los abogados Edwin Gutiérrez y Melissa Gaona, representantes de la firma, tales como: revisar expedientes, darles informes, comunicarse siempre con ellos para todo lo relacionado con dichos expedientes; recibir las sustituciones otorgadas por la Dra. Melissa, asistir a las diligencias asignadas, alimentar la '*nube del Drive*' que manejaba la oficina para mantener la información actualizada de los clientes y de las actuaciones de los procesos a cargo, y atender a los clientes cuando visitaban la oficina.

Manifestó además, que siempre debían avisar cuando salían de la oficina a hacer diligencias y cuando regresaban, y pedir permiso para realizar actividades personales; agregó, que diariamente debían esperar a que Aída, la auxiliar administrativa de la oficina, diera autorización para poder ingresar a la oficina, por control de seguridad en el edificio en donde funciona la misma, dado que no les dieron las tarjetas de aproximación y acceso inmediato, que las personas normalmente tenían.

En este punto, la Sala debe recordar que, en nuestro sistema legal, frente a las relaciones laborales del sector privado, el cumplimiento de horario es un elemento indicativo de la presencia de subordinación (CSJ SL14481-2014), más aún cuando del material probatorio restante no se deduce que la prestación de servicios fue independiente y autónoma, como aquí ocurre.



Por tal motivo, y al haber efectuado la testigo su relato en forma diáfana, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que le constó las situaciones descritas, la Sala le otorga plena credibilidad al tenor de lo dispuesto por el artículo 221 del Código General del Proceso, porque independientemente de que la testigo haya sido vinculada o no de la misma manera en que sucedió con el demandante, lo cierto es que, dio cuenta de que este no podía actuar con autonomía e independencia frente a las labores asignadas, sino que siempre debía contar con el aval y los permisos respectivos por parte de los abogados que se encontraban a cargo de la firma; lo cual riñe y desvirtúa lo afirmado por el representante legal en su interrogatorio de parte, al sostener *«que en el momento del acuerdo comercial el abogado como tal tiene libre albedrio de ejercer y de desenvolverse como quiera dentro del proceso y dentro de su carrera profesional»*.

Además, a pesar de que el representante legal de la demandada insistió en dicha diligencia, que todas las vinculaciones de los nuevos abogados se hacían a través de un acuerdo comercial escrito, en el que se establecen cuáles son las tareas y casos asignados, y por ende, la duración del acuerdo va de la mano de cuánto subsiste el proceso que lleva el abogado, que los resultados que este ofrece y de los que obtenga depende la remuneración, con base en una especie de porcentaje o *cuota litis* al finalizar el proceso; ese presunto documento, no fue aportado al plenario por quien al tenor de lo dispuesto en los artículos 164, 166 y 167 del Código General del Proceso, tenía el deber de hacerlo, de modo que las afirmaciones realizadas por el demandante en cuanto a que su vinculación fue verbal, subordinada, dependiente y sin la suscripción de algún escrito, no fueron desvirtuadas en forma alguna por la demandada.

Con base en lo anterior, en aplicación de los principios relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y la

conducta de las partes durante el desarrollo del proceso (CSJ SL383-2013 y SL1398-2015), al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para esta Sala no hay duda de la presencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo con Abogados a su Alcance S.A., bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, mediante el cual, prestó sus servicios el demandante como abogado litigante en favor de la mencionada demandada. En consecuencia, se **confirma** en este punto la sentencia apelada

### **De la terminación del vínculo laboral.**

Aduce la demandada, que debe ser exonerada del pago de la indemnización por despido, en la medida en que, debido al corto tiempo en el que se declararon los extremos temporales de la relación laboral no podría hablarse de un despido porque se debe tener en cuenta el período de prueba con el que cuentan las partes para poder dar por terminado el vínculo; empero, al tenor de lo dispuesto en el artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo, dicho lapso debe ser estipulado por escrito (CSJ SL2600-2018), lo cual no se acreditó en el plenario, como tampoco el presunto acuerdo comercial que pactaron las partes.

De modo que, al no encontrarse demostrado en debida forma el referido período de prueba, ni justificado el motivo por el cual la demandada dio por terminado el vínculo, porque según lo indicado por la única testigo que rindió su declaración en juicio, el abogado Edwin Gutiérrez, les terminó verbalmente el vínculo, bajo el entendido de que ellos no habían realizado gestión alguna en los procesos asignados ni conocían los documentos de cada expediente, lo cual según lo afirmado por la declarante, no se compadece con la

gestión llevada a cabo por ambos en esos pocos días, y en especial por el demandante.

Adicional a ello, obra a f.º 36 y 37 un informe realizado por el demandante un día después de la terminación del vínculo, el cual fue enviado por correo certificado a la demandada, conforme lo admitió al contestar el hecho n.º 38, documento en el que se indicó *grosso modo* la gestión que hizo entre el 5 y el 20 de febrero de 2018, tal como la revisión y actualización de 30 carpetas asignadas, la radicación de las sustituciones entregadas y la asistencia a una diligencia de conciliación en una comisaría de familia en Armero, Guayabal; lo cual no solo se confirma con la constancia de la Secretaría de Gobierno Municipal y la boleta de citación obrantes a f.º 34 y 35, sino con la aceptación de este suceso por parte de la demandada al contestar los hechos 33 y 34 del libelo, sin que hubiera desvirtuado lo señalado en el informe a través de los medios de prueba autorizados legalmente.

Por tanto, no se equivocó el *a quo* en imponer la indemnización de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, al no encontrar justificado el proceder de la demandada, **confirmando** lo así decidido.

### **De los perjuicios morales.**

En cuanto a los perjuicios reclamados con ocasión de la terminación unilateral del contrato de trabajo, la jurisprudencia de nuestro Órgano Máximo de Cierre, ha sostenido que la indemnización de perjuicios generados por la desvinculación ilegal o injusta no está contemplada dentro del Código Sustantivo del Trabajo para el despido (CSJ SL, 15 sep. 2009 rad. 35510), de ahí que no prospere el pedimento del demandante, sin desconocer, que la indemnización del

artículo 64 de dicho ordenamiento, contempla el lucro cesante y el daño emergente por el simple despido injusto (CSJ SL4510-2018).

En todo caso, los perjuicios deben ser ciertos y existir plena convicción de la gravedad en el detrimento que se deba reparar (CSJ SL887-2013 y SL4510-2018), carga probatoria que no ejerció el actor, ya que no acreditó una conducta torcida del empleador que hubiere causado perjuicios adicionales y distintos a los previstos en el citado artículo 64 para el simple acto del despido injusto, ni que este se configuró ante una actuación de la demandada que tenía por objeto lesionar al trabajador o generar en menoscabo en su patrimonio moral, como lo sería la imputación injustificada y arbitraria de conductas delictivas, contrarias a la moral o la ética que afecten su honra o el buen nombre.

Además, la testigo y compañera de trabajo del demandante, señaló que, si bien tuvo conocimiento de que Jairo Torres, venía desde Manizales por temas y oportunidades laborales estables en Bogotá, en el momento en el que les terminaron el contrato, él aceptó la decisión tomada por el Dr. Edwin Gutiérrez, al indicarle que no se podía hacer más labores de las que ya había ejecutado a esa fecha, sin mostrar desacuerdo.

Y a pesar de que el demandante en su apelación sostuvo que su empleador argumentó que él no era capaz de administrar o de llevar una actividad encomendada, ni la suficiente habilidad para manejar procesos, no existe dentro del expediente un documento u otro medio probatorio con el cual se pueda concluir que esa afirmación es cierta, o que la firma de abogados demandada haya descalificado o degradado la experiencia, y la labor de Jairo Torres como profesional en derecho, en los estrictos y delicados términos aducidos en la

apelación, porque de la contestación ni del interrogatorio de parte del representante legal, se extrae tal situación.

Conforme con lo dicho, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada, sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



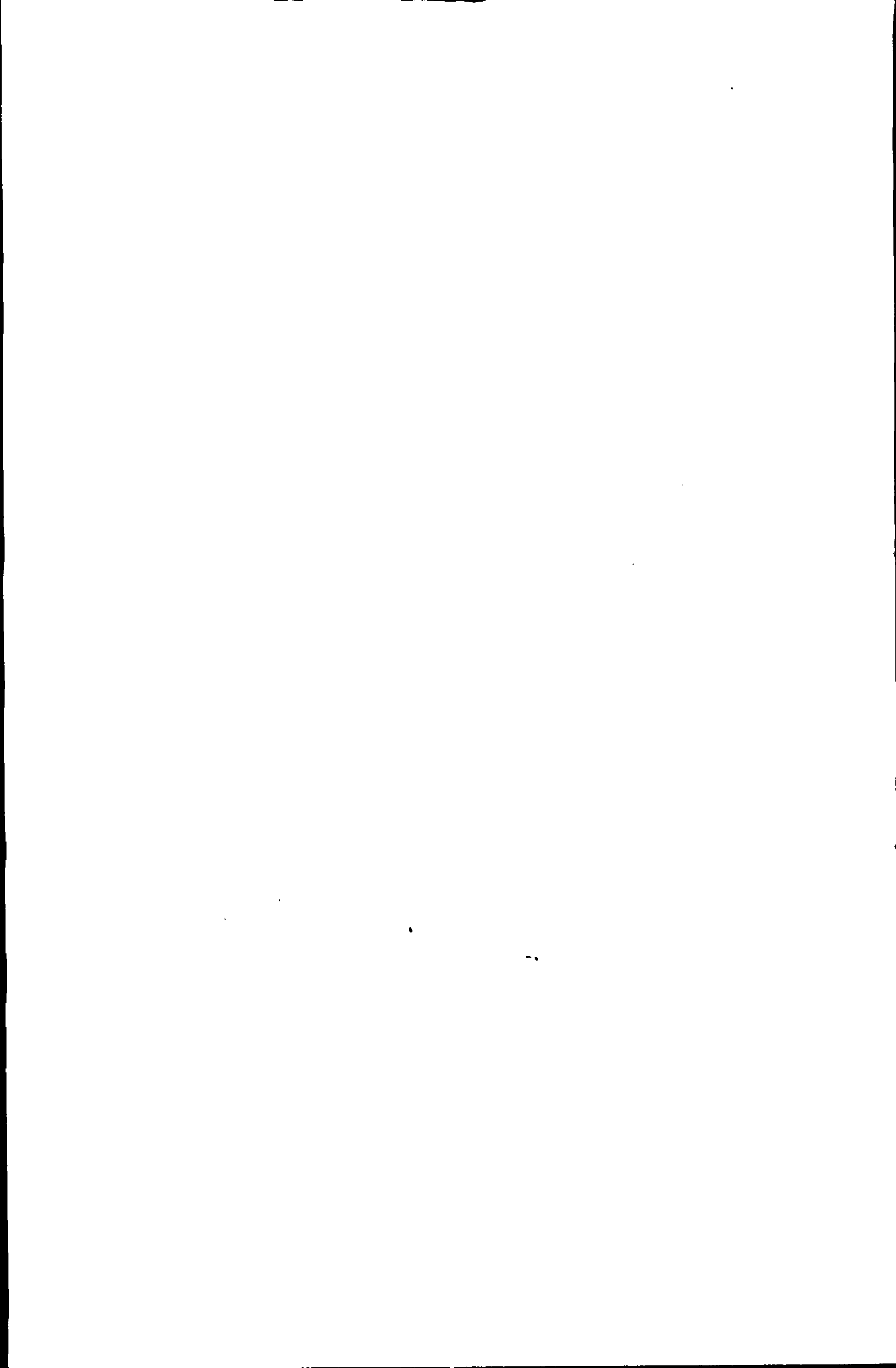
**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **FANY HOYOS PALADINES** en contra de **TERMELEC INGENIERIA S.A.S.**, **JUAN CARLOS FAJARDO** y **MUEBLES ROMERO S.A.S.**

**EXP. 11001-31-05-033-2016-00327-02**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **TERMELEC S.A.S.** contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante que se declarara lo siguiente: que entre el señor JUAN CARLOS FAJARDO, y las demandadas TERMELEC INGENIERÍA S.A.S. MUEBLES ROMERO S.A.S., existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido; que el último salario que devengó fue de (\$1.110.000); que la terminación de su contrato de trabajo, el día 27 de noviembre de 2015, fue sin justa causa y sin permiso previo del inspector de trabajo, por encontrarse con restricciones médicas que la pusieron en estado de debilidad manifiesta, y que la entidad MUEBLES ROMERO S.A.S. es responsable solidario de las obligaciones laborales que aquí se reclaman.

Como pretensiones de condena solicitó que se condenara a los demandados al pago de los siguientes conceptos: la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, correspondiente al valor de 180 días de salario, esto es \$6.660.000; al auxilio de cesantías causado entre el primero de julio de 2015 y el 27 de noviembre de 2015 por \$462.500; los intereses de las cesantías por \$23.125; la prima de servicios por \$462.500; las vacaciones; por \$231.250; el subsidio familiar por \$134.500; la dotación por \$200.000; los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones; la indemnización por daños y perjuicios por \$6.350.000; la indemnización contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por \$6.401.000; las costas del proceso y que se tenga en cuenta el principio de la ultra y extra petita.



Para el efecto, manifestó que fue vinculada por los Juan Carlos Fajardo y Termelec Ingeniería S.A.S. mediante un contrato verbal de trabajo el 1.º de julio de 2015, para ejercer labores de pintura en diferentes obras de los empleadores, devengando un salario diario de \$37.000 y mensual de \$1.110.000.

Señaló, que en noviembre de 2015, mientras pintaba el ascensor de la empresa MUEBLES ROMERO S.A.S., el señor Juan Carlos Fajardo le indicó que subiera al tercer piso para buscar unas herramientas; al tomar el ascensor y llegar al tercer piso, el elevador se desprendió, ocasionándole un siniestro que le causó graves fracturas en el pie derecho, el fémur y su columna.

Indicó, que los demandantes no cumplieron con la obligación de afiliarla al Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, Pensiones y Salud, y que la empresa MUEBLES ROMERO S.A.S. no verificó el pago de sus aportes, razón por la que es solidariamente responsable; manifestó que por la omisión de sus empleadores en la afiliación, el suceso no pudo reportarse como accidente de trabajo, por lo cual fue atendida por el S.I.S.B.E.N., recibiendo las atenciones médicas correspondientes.

Afirmó que el 27 de noviembre de 2015, los demandados le manifestaron que no seguiría laborando por su estado de salud, sin contar con la autorización del inspector del trabajo, y que no le han pagado los emolumentos que reclama.

## **I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 22 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 76).

**MUEBLES ROMERO S.A.S.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no le constaban los extremos laborales entre la actora y los demandados, el salario que devengaba, y la causa de la terminación del contrato laboral. Manifestó que jamás existió un vínculo contractual con la demandada, por lo que no está llamada a responder por obligaciones que le corresponden a sus empleadores (f.º 82-84). Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de las obligaciones laborales (f.º 86-87).

**JUAN CARLOS FAJARDO**, también se opuso a las pretensiones de la demanda; manifestó que no eran ciertos los hechos narrados en la demanda, y que no compartía la argumentación de la actora para fundamentar sus pretensiones. (f.º 150). Invocó las excepciones de fondo de inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación por activa, rompimiento del nexo causal por hecho exclusivo de la víctima, indeterminación del presunto daño y genérica. (f.º 150 - 155).

**TERMELEC INGENIERÍA S.A.S.**, se opuso todas las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor, que jamás existió un vínculo laboral con la actora. Propuso las excepciones de fondo de carencia de fundamento legal, mala fe y culpa de la demandante.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 2 de agosto de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el día 17 de noviembre a 27 de noviembre

de 2015, entre el señor JUAN CARLOS FAJARDO y la demandante; condenó al demandado al pago de cesantías por \$8.949, intereses a las cesantías por \$15, prima de servicios por \$8.949, vacaciones por \$4.475, indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por \$28.759.488, lucro cesante por 4 S.M.L.M.V., y las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social. Lo absolvió de las pretensiones de daño emergente y de las indemnizaciones por despido y la contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En cuanto a la empresa TERMELEC INGENIERÍA S.A.S., declaró que fue beneficiaria de los servicios de la demandante; como consecuencia, la condenó solidariamente al pago de las obligaciones impagadas por JUAN CARLOS FAJARDO en su condición de contratista independiente.

El Juzgado estimó que le correspondía determinar, *i)* la existencia del contrato de trabajo alegado por la demandante, *ii)* la solidaridad respecto de Muebles Romero S.A.S. *iii)* la solidaridad respecto de Termelec S.A.S., *iv)* La procedencia de la indemnización por despido sin justa causa y de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Respecto del primer problema jurídico, determinó la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el señor Juan Carlos Fajardo, quien de manera verbal la contrató para pintar y asear el ascensor de MUEBLES ROMERO S.A.S., lo cual fue manifestado en la confesión del demandado, y en la declaración del señor Orlando Barón como Representante Legal de Termelec S.A.S. Indicó que la relación laboral inició el día 17 de noviembre de 2015 y finalizó el 27 del mismo mes y año.

Sobre la solidaridad de las demandadas Muebles Romero S.A.S. y Termelec S.A.S., aludió al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, para concluir que Termelec S.A.S, como beneficiaria del servicio prestado por la demandante, debía responder solidariamente, puesto que la demandante realizó una labor conexas a la actividad comercial de la empresa. Asimismo, señaló que el señor Juan Carlos Fajardo era un contratista independiente de Termelec S.A.S., y contrató a la demandante para actividades de instalación y adecuación de elevadores. No obstante, respecto de Muebles Romero S.A.S., señaló que no había solidaridad puesto que su actividad comercial no se relacionaba con la labor a la que había sido contratada la demandante.

Frente al despido sin justa causa, el despacho consideró que si bien la demandante no continuó con la prestación del servicio, no obraba prueba alguna en el expediente que acreditara que la terminación del contrato de trabajo fue por decisión de su empleador y que obedeciera a su estado de salud, por lo que no había lugar a las correspondientes indemnizaciones por despido sin justa causa y de la Ley 361 de 1997. En cuanto a la indemnización moratoria, afirmó que hubo mala fe por parte del empleador y de la empresa Termelec S.A.S., por lo cual debía pagarse la indemnización establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, sobre las pretensiones indemnizatorias de la demandante, señaló que no había lugar a reconocer daño emergente por cuanto los gastos derivados de la atención médica fueron cubiertos por el S.I.S.B.E.N., pero si advirtió que había lucro cesante puesto que desde diciembre de 2015 a marzo de 2016, la actora no desempeñó ninguna actividad laboral.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandada TERMELEC S.A.S., interpuso recurso de apelación, para que fueran revocadas las pretensiones respecto de la solidaridad, toda vez que la empresa no tuvo un vínculo laboral con la demandante, por lo que no es justo ni equitativo que se le condene a pagar la indemnización moratoria.

### IV. CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe dilucidar esta Sala decisión, es si la sociedad Termelec S.A.S. es solidaria de las obligaciones laborales impuestas al empleador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Al respecto, el juzgado estimó que la solidaridad se imponía porque de acuerdo con el artículo 34 del Código Sustantivo del trabajo, Termelec S.A.S. era beneficiaria del servicio prestado por la demandante, puesto que esta había realizado una labor conexas a la actividad comercial de la empresa, recalcando que el señor Juan Carlos Fajardo era un contratista independiente de Termelec S.A.S., y contrató a la demandante para actividades de instalación y adecuación de elevadores.

En ese orden, la Sala debe descartar los argumentos de la apelante, porque el hecho de que no hubiera tenido contacto directo con la demandante ni hubiera pactado nunca ningún tipo de salario ni ninguna vinculación, en manera alguna significa que se desvanezcan los efectos del mencionado artículo 34 del C. S. del T.

Dicho artículo, dispone que son contratistas independientes y verdaderos empleadores las personas naturales o jurídicas que

contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, Sin embargo, es claro al señalar que el beneficiario o dueño del trabajo de las personas contratadas por los contratistas independientes, será responsable solidariamente de las obligaciones por salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derechos esas personas, a menos que las labores contratadas sean extrañas a las actividades normales de la empresa. Y justamente, eso fue lo que el juzgado encontró acreditado, es decir, que Termelec S.A.S. fue la beneficiaria de los servicios prestados por la demandante en actividades propias de la empresa.

Así las cosas, lo que debió hacer la apelante para que se le revocaran las condenas impuestas, fue demostrar que las labores que desempeñó la demandante al servicio de Juan Carlos Fajardo eran extrañas a las actividades normales de su empresa. Y como no lo hizo, debe confirmarse la sentencia apelada.

Costas en la alzada a cargo de la recurrente, las que serán tasadas por el juez de acuerdo con el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

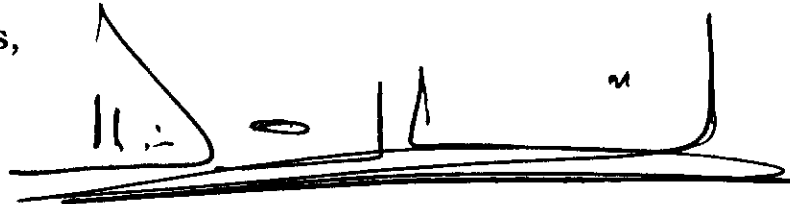
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de sentencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

**DAVID A. J. CORREA STEER**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', written over a horizontal line.

**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', written over a horizontal line.

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**







República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  

---

**Sala Quinta de Decisión Laboral**

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **LUIS GABRIEL BOHÓRQUEZ OROZCO** en contra de **COOPERATIVA EPSIFARMA.**

**EXP. 11001-31-05-034-2017-00186-02**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el grado de consulta jurisdiccional de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por ser totalmente adversa a las pretensiones del demandante, y dictar la siguiente,

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

Luis Gabriel Bohórquez Osorio demandó a la **COOPERATIVA EPSIFARMA**, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre el 25 de noviembre de 2004 y el 27 de agosto de 2015, fecha esta en la que le fue terminado por la empleadora sin justa causa, y consecuentemente, para que se le condenara al pago indexado de la indemnización por despido, a las costas y lo que resultare ultra y extra petita. Como pretensiones subsidiarias, solicitó el reintegro a la empresa y el pago de vacaciones, primas de servicios y aportes a la Seguridad Social integral por el período comprendido entre el 27 de agosto de 2015 hasta la fecha del fallo.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante contrato de trabajo a término indefinido laboró al servicio de la demandada entre el 25 de noviembre de 2014 y el 27 de agosto de 2015, cuando fue despedido sin justa causa; que su contrato de trabajo fue cedido por la empresa **I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA** a la **COOPERATIVA EPSIFASRMA** el 1.º de agosto de 2010; que se desempeñó como auxiliar administrativo y su último salario básico mensual fue de \$1.212.800, pagaderos por quincenas, recibiendo un pago por concepto de auxilio de medios de transporte por la suma de \$120.000; que el sitio de trabajo fue la ciudad de Tenjo; que cumplía múltiples funciones, las cuales reseñó en el hecho 11 de la demanda; que fue afiliado a la E.P.S. Famisanar y al Fondo de Pensiones Protección, y que la liquidación final de sus prestaciones sociales le fue cancelada debidamente.

Sobre su despido, argumentó que el 31 de julio de 2015 fue llamado a descargos por presuntas inconsistencias e irregularidades

en el desempeño de sus funciones, dentro de las cuales no estaba la de recibir insumos logísticos (cinta de logo institucional), función que estaba a cargo del área de logística de la bodega principal; que por orden de su jefe inmediato Ivonne Rojas, el 2 de julio de 2015 recibió el producto (cintas de logo institucional) de las ordenes de compra 240 y 239, en las que la empleadora solicitó 1224 cintas de logo institucional, recibiendo él un pedido parcial por parte del proveedor 3M de 324 cintas, quedando pendiente 936; igualmente, el 17 de julio de 2015 fue llamado a descargos por haber solicitado la compra de diez sellos para uso empresarial, sin que en el formato elaborado para ello ni en el correo de aprobación hubiera individualizó el arte, sin indicar que para el caso se necesitaban cinco sellos, compra que no tenía la autorización de su jefe inmediato; que la empresa violó el principio de inmediatez al traerle situaciones ocurridas el 18 de julio de 2014 y el 13 de febrero de 2015, para finalmente terminarle el contrato el 27 de agosto de 2015, y encuadrarlo en diferentes causales sin determinarle e individualizarle la justa causa de despido, siendo ese llamado a descargos el único que tuvo durante la vigencia de su contrato de trabajo.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 07 de noviembre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada. (f.º 120).

**La Cooperativa Epsifarma** se opuso a las pretensiones de su ex – trabajador. Alegó a su favor, que el demandante fue despedido por justa causa, puesto que, en el acta de descargos del 10 de agosto de 2015, quedó en evidencia su conducta gravemente negligente por acción y omisión, puesto que dentro de sus funciones sí estaba la de recibir cintas de logo institucional, y la orden de compra n.º240 que recibió estaba generada por 288 unidades, recibiendo del proveedor

324 unidades, que fueron facturadas a la compañía superando el límite de unidades y valor solicitado. Que, en todo caso, el proceso disciplinario que se le siguió estuvo rodeado de garantías para el demandante. (f.º 149 - 151).

Propuso las excepciones de terminación del contrato de trabajo por justa causa; inexistencia de fundamento de hecho que permita aplicar norma de derecho alguna; inexistencia de derecho legalmente protegible; buena fe y manifiesta mala fe del demandante; pago total de las prestaciones sociales, salarios, vacaciones y aportes al S.G.S.S. y parafiscales de ley, durante todo el período contractual, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. (f.º 155 - 157).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 2 de septiembre de 2019, declaró que entre el demandante y la Cooperativa Epsifarma, en aplicación del principio de realidad sobre las formas, existió un contrato laboral a término indefinido, entre el 25 de noviembre de 2004 y el 27 de agosto de 2015, con un salario equivalente a \$1.212.800. Absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte demandante.

En la audiencia del 6 de agosto de 2019 (f.º 347 a 349), el juzgado hizo la fijación del litigio, así:

*“Por manera que, el problema jurídico que concierne al despacho solventar, se circunscribe a determinar si en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, entre las partes existió un contrato de trabajo que terminó sin justa causa y si en consecuencia de ello, al actor se le adeudan la indemnización de que trata el artículo*

*64 del C.S.T. relacionada con la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, más las costas procesales”.*

El Juzgado reiteró que el problema jurídico a resolver era determinar la existencia del contrato de trabajo, y si el demandante tenía derecho a la indemnización por despido injusto, pero le agregó que, igualmente, el despacho debería *“establecer si como pretensión subsidiaria es procedente disponer el reintegro laboral del demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría con el consecuente reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales causadas entre la fecha de despido y hasta cuando opere el reintegro, más la indexación, las costas procesales y agencias en derecho”.*

Dio por acreditado que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 25 de noviembre de 2004 y el 27 de agosto de 2015, lapso durante el cual el demandante siempre se desempeñó como auxiliar administrativo, y que su último salario devengado fue de \$1.212.800.

Sobre la terminación del contrato de trabajo, encontró que las partes habían aportado el escrito del 27 de agosto de 2015 (f.º211), mediante el cual la empleadora le notificó al trabajador su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, por las justas causas que allí se enunciaron y que fueron: *i)* en la orden de compra 240 del 1 de junio de 2015, se puntualizaron 288 unidades, no obstante que en la factura B649 del proveedor 3M, el actor recibió una cantidad de 324; *ii)* el 17 de julio de 2015, caso WORKFLOW No. 295753, se solicitó la compra de 10 sellos para uso empresarial, pero ni en el mismo formato utilizado para ello, ni en el correo de aprobación remitido, no se individualiza el arte de los mismos y tampoco se indicó que para ese caso se necesitaban únicamente 5

sellos; *iii*). En los procesos de retroalimentación previamente realizados con el demandante, se detectó que dejó de cumplir con sus obligaciones contractuales, en cuanto no verificó oportunamente varias facturas allí relacionada, y que el 4 de febrero del 2015, fue reportado por la directora regional de costa Sandra Moreno Castelbondo el envío de unos abanicos sin soporte, situación que ocasionó demora y costos de reenvío, además de estar mal embalados, lo que causó que llegaran con daños considerables, así como el envío de una unidad de imagen a la ciudad de Cali, cuando lo que se necesitaba era un Kit de mantenimiento para la clínica Cali Norte, por lo que se generó un reproceso en ese asunto, y no enviar de forma oportuna un celular al mensajero Héctor Wilches, por renuncia de Paola Suárez, encargada del inventario de equipos.

El juzgado tuvo en cuenta los reiterados llamados de atención hechos al demandante el día 18 de julio de 2014, con el asunto: recordatorio de las funciones; el día 13 de febrero de 2015 con el asunto comunicado de retroalimentación; la solicitud de proceso disciplinario del 1.º de julio del 2015, con ocasión de los hechos suscitados con la gestión de la factura B 00649 del proveedor 3M del 2 de junio del 2015, en cuyo trámite se convocó al actor a rendir diligencia de descargos, tal y como se evidencia a folio n.º 199, la cual data del 31 de julio de 2015, y el récord de correos electrónicos que se advierten de folios 86 a 195, en los que consta el trámite surtido con el caso n.º 29573 respecto a las inconsistencias verificadas en precedencia el punto de la compra de sellos para la empresa.

Asimismo, también examinó el interrogatorio de parte que absolvió el actor, del que dijo que se le había garantizado plenamente el derecho de contradicción y de defensa, y que la empresa había cumplido formalmente con los requerimientos de ley para terminar el contrato.

Respecto de las razones alegadas, el juzgado transcribió los numerales 6.º y 10 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como los numerales 1.º y 5.º del artículo 58 ibidem, sobre las obligaciones especiales del trabajador. Tuvo en cuenta el testimonio del señor Jhon Alexander Martínez, quien fue jefe directo del actor, y el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa, para concluir que hubo justa causa para que la empresa despidiera al demandante, razón por la cual se le absolvería de las pretensiones de la demanda e imponiéndole al demandante las costas equivalentes a un (1) S.M.L.M.V.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Como la parte demandante no apeló, y las pretensiones le fueron totalmente adversas, la Sala resolverá el grado jurisdiccional de consulta de acuerdo con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

##### **1.- DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

Sobre la existencia del contrato de trabajo, es indudable que no hay controversia entre las partes, pues desde la contestación de la demanda se aceptaron los extremos afirmados por el actor, aunque con las aclaraciones respecto a una cesión del contrato de trabajo, que para nada desvirtúan las fechas de inicio y de terminación. De igual manera, tampoco hay discusión sobre el cargo desempeñado por el actor, que fue el de auxiliar de servicios administrativos.

## **2.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

Cada una de las partes aportó el escrito del 27 de agosto de 2015, mediante el cual la empresa demandada le termina el contrato de trabajo al demandante por las razones allí invocadas y por los fundamentos de derecho que cita. Es claro entonces, que la iniciativa para terminar el contrato fue de la empleadora, quien fue transparente en cuanto a los hechos y a las normas invocadas, por lo cual le asiste la razón el juzgado cuando da por acreditada la formalidad del despido.

Sobre las causas invocadas, en la diligencia de descargos que rindió el 10 de agosto de 2015, en la cual estuvo acompañado de miembros del sindicato, el demandante admitió que sus funciones eran, entre otras, recibir pedidos de elementos de papelería, realizar su alistamiento y remitirlos a los puntos de farmacia, las cuales venía realizando desde hace tres años. Igualmente, admitió que dentro de sus funciones estaba la de revisar órdenes de compra que hace la empresa; recibir los pedidos y verificar que corresponda a lo que se ha pedido. En cuanto a la factura B60049, Proveedor 3M por 324 unidades de cinta con logo institucional, pese a que la orden de compra era por 240 unidades, acepta que recibió 324, pero pensando que era una entrega parcial, ya que las cantidades que se habían solicitado eran mayores. Dice que sí revisó la factura entregada por el proveedor 3M y la orden de compra, pero no coincidían, recibiendo y firmando el acta de entrega de 324 unidades.

En cuanto a que el día 17 de julio de 2015, se le detectó que había hecho una solicitud de compra por el sistema Work Flow, admitió que era él el que hacía dichas solicitudes; que en un correo se le indicó que debía comprar 5 sellos, pero que solicitó 10 porque el área de conciliación solicitó 3, y el restante se iba a dejar en stock en



bodega de acuerdo con el analista. También reconoce que se le habían hecho comunicados de retroalimentación por el no cumplimiento de funciones, y finalmente expone una serie de razones subjetivas sobre los problemas que se venían presentando con él, y sintiendo que se había perdido la confiabilidad con el jefe inmediato.

El testigo John Alexander Martínez Carillo, jefe inmediato del actor, declara que a este se le hicieron constantes requerimientos por su desempeño, en el cargo, pues era descuidado frente a sus funciones, por lo que frecuentemente en la empresa se hicieron varios comités administrativos para solucionar las reiteradas inconsistencias del demandante en sus funciones.

De lo anterior, es claro para esta Sala de decisión que el demandante incumplió gravemente sus obligaciones laborales, además de ser negligente y omisivo en el desempeño de su cargo, razones por las cuales la decisión que adoptó la empleadora de terminarle su contrato de trabajo por justas causas fue legal.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

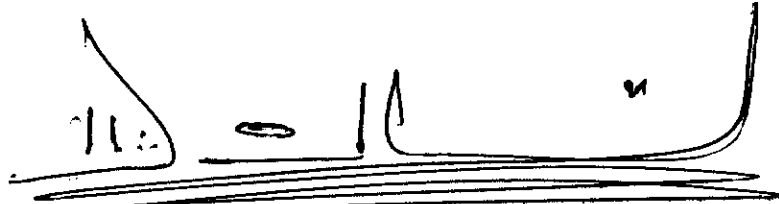
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

**DAVID A. J. CORREA STEER**

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style with a heart-like shape in the middle.

**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

A handwritten signature in black ink, featuring a large 'H' and 'M' and a long horizontal stroke.

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  

---

**Sala Quinta de Decisión Laboral**

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **JOSÉ HERNANDO NIÑO BUSTOS, JAVIER MAURICIO RODRÍGUEZ, EDWIN ANDRÉS RODRÍGUEZ MARÍN y SILVIO RODRÍGUEZ TORRES** en contra de **DISTRIBUIDORA MADRIGAL S.A.S.** y de **BAVARIA S.A.**

**EXP. 11001 31 05 017 2016 00247 01.**

Bogotá DC, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

**SENTENCIA****I. ANTECEDENTES**

Pretendieron los demandantes, que se declare que la existencia de sendos contratos de trabajo con las demandadas entre el 8 de mayo de 2012 y el 29 de mayo de 2014, del 16 de junio de 2012 al 28 de mayo de 2014, desde el 1.º de diciembre de 2012 hasta el 15 de mayo de 2014, y entre el 22 de diciembre de 1997 y el 28 de mayo de 2014, respectivamente; en consecuencia, se condene a las demandadas al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones causadas durante todo el tiempo laborado, junto con las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, más \$12.520.000 a título de 'indemnización por pensión sanción desde el 28 de mayo de 2014 hasta el 29 de abril de 2015' y \$4.550.000 por sueldos pendientes de los meses junio a septiembre de 2014, a favor de Silvio Rodríguez Torres (f.º 7, 8, 10, 11, 14, 15, 17-19, 90, 91, 94, 95, 98, 99, 102-104).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, adujeron que a través de sendos contratos de trabajo a término indefinido, empezaron a trabajar en distintos municipios de Cundinamarca, al servicio de la Distribuidora Madrigal S.A.S., quien era contratista de Bavaria S.A.; los obligaron a firmar la terminación de sus contratos de trabajo, siendo despedidos sin causa alguna; sus jefes directos fueron Javier, Alirio y John Cortés, quienes fungían en su orden, como Gerente, Subgerente y Encargado de Pagos en la mencionada Distribuidora; han efectuado varios requerimientos a esta última para obtener el pago de sus acreencias, pero siempre obtienen como respuesta que Bavaria S.A. no le ha cruzado cuentas, sin obtener respuesta alguna por parte de dicha entidad.

Agregaron, que sus cargos y salarios fueron los siguientes: José Hernando Niño Bustos como Auxiliar de transporte de camión de Bavaria con \$800.000 mensuales, Javier Mauricio Rodríguez como Conductor de camión de Bavaria, Cobrador y responsable de ruta con \$1.400.000 mensuales, Edwin Andrés Rodríguez Marín como Conductor de camión de Bavaria con \$1.200.000 y Silvio Rodríguez Torres como Administrador de personal con \$1.136.586 incluida una bonificación mensual, quien en la actualidad cuenta con más de 60 años de edad (f.º 6, 7, 10, 13, 16 y 17, 88, 89, 93, 94, 97, 98, 101, 102).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 5 de agosto de 2016, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 109).

**BAVARIA S.A.**, contestó con oposición con el argumento de que no existió ninguna relación laboral con los demandantes; en su defensa invocó la las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad laboral, falta de título y ausencia de causa en el demandante, buena fe, compensación y prescripción (f.º 149-177).

La **DISTRIBUIDORA MADRIGAL S.A.S.**, se encuentra representada mediante Curador *ad litem*, quien adujo no oponerse a las pretensiones siempre y cuando se demuestre la causal invocada por la parte actora, y solicitó se declaren probados los medios exceptivos que se encuentren acreditados en el proceso (f.º 204-210). La constancia de la publicación de su emplazamiento obra a f.º 202.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de mayo de 2019, declaró probadas las excepciones de cobro de lo debido, prescripción e inexistencia de las obligaciones reclamadas; en consecuencia, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de los demandantes, tras considerar en lo que interesa a la alzada, que no es viable tener como pruebas de una presunta relación laboral las documentales allegadas con la demanda, porque fueron constituidas por la misma parte, al no contar con firma alguna de un representante de la empresa empleadora, por ende, no existe certeza de su autoría, aunado a que no existe material probatorio del que se pueda deducir la prestación personal de los servicios que adujeron los demandantes José Hernando Niño Bustos, y Edwin Andrés Rodríguez Marín haber prestado; mucho menos, respecto de Javier Mauricio Rodríguez, quien no aportó soporte alguno de sus afirmaciones.

Finalmente, en relación con Silvio Rodríguez Torres, sostuvo que podría declararse una relación laboral entre el 22 de diciembre de 1997 y el 21 de octubre de 2009, pero cualquier acreencia que se pretenda derivar de ese vínculo se encuentra prescrita teniendo en cuenta que el 2 de junio de 2016 se presentó la demanda (f.º 242, 260, 261).

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Los demandantes, apelaron con el argumento de que los documentos aportados con la demanda se deben tener en cuenta porque tienen sello y papel membreteado, el cual corresponde a la Distribuidora demandada, prueba de ello es que no fue objetada por

las partes, ni fue desconocida; aunado a que con los 'testimonios practicados' se acreditó la actividad personal que realizó cada uno, dado que incluso indicaron fechas, horarios y salarios y quiénes eran las personas que controlaban dichas labores, esto es, la Distribuidora demandada, en solidaridad con Bavaria. Agregaron, que no es viable declarar probada la excepción de prescripción porque se probó que todos trabajaron hasta el año 2014, de manera continua.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de decisión tendrá como problema jurídico, el verificar si hay lugar a declarar o no la existencia de la relación laboral que alegan los demandantes José Hernando Niño Bustos, Edwin Andrés Rodríguez Marín y Javier Mauricio Rodríguez con las demandadas; si es viable declarar probada la excepción de prescripción, respecto de Silvio Rodríguez Torres, en el entendido de haber probado el vínculo laboral con vigencia hasta el 2014.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo laboral, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando

la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Lo primero por decir, es que contrario a lo sostenido en la apelación, dentro del proceso no se recaudaron pruebas testimoniales como equivocadamente parece entenderlo la parte actora, pues de las declaraciones que se decretaron en favor de la parte actora, se prescindió en la medida en que no comparecieron al juzgado ni allegaron justificación de su inasistencia (f.º 216, 239, 240, 242, 260, 261).

Las pruebas que se practicaron fueron los interrogatorios de parte del representante legal de Bavaria S.A., y de los 4 demandantes, empero de estos 4 últimos, la Sala debe advertir de un lado, que de ninguna manera tiene valor probatorio la declaración realizada por la misma parte, porque así como la parte es quien mejor conoce los hechos, es también la más propensa a no contar toda la verdad, bien intencionalmente o porque su condición de sujeto procesal interesado en obtener fallo favorable o expuesto a una decisión adversa le hace perder objetividad, tal y como lo ha sostenido inveteradamente la jurisprudencia ordinaria laboral, verbigracia en sentencias SL, 26 oct. 2010 rad. 38389, SL, 28 ago. 2012 rad. 39595, SL9149-2017 y SL969-2019, en donde se ha explicado que las manifestaciones que efectué una parte en el proceso no pueden servir de prueba de los hechos que pretenda hacer valer dentro del mismo proceso.

De ahí que, de entrada, se deban descartar estas declaraciones de parte como prueba de la prestación personal y continua de los servicios de los demandantes en favor de las demandadas, porque el interrogado no puede alegar como tal su propio dicho, ni construir su



propia prueba; la declaración de una parte en el proceso solo puede tenerse como prueba de confesión, en los términos dispuestos en el artículo 191 del Código General del Proceso, es decir, acredita hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, mas no, los que se aducen por la misma parte.

Por otro lado, teniendo en cuenta las manifestaciones realizadas en los hechos de la demanda (f.º 89, 93, 97), no sería viable concluir y tener por cierto que a unos demandantes les conste de manera directa la forma en la que prestaron sus servicios los otros actores, en la medida en que según el libelo, aparentemente todos trabajaron en distintos municipios, así: José Hernando Niño Bustos en diferentes puntos de Bogotá, Javier Mauricio Rodríguez en Pacho, Cundinamarca; Edwin Andrés Rodríguez Marín en Tocancipá, La Vega y Villeta, Cundinamarca; y a pesar de que no se dijo nada en los hechos en relación con Silvio Rodríguez Torres, podría razonablemente concluirse que la prestación de los servicios de él, se dio en Funza, y Villeta, Cundinamarca; de acuerdo con la información que arrojan las afiliaciones a seguridad social y la certificación laboral aportadas con la demanda (f.º 62-64, 78).

Además, al absolver los interrogatorios de parte, se contradijeron respecto de los lugares en donde desempeñaron sus labores y los cargos desempeñados, frente a lo aducido desde la demanda, lo que hace que sus dichos no tengan la credibilidad necesaria para tener por demostrada la prestación de los servicios alegada por los apelantes.

Adicional a ello, del interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de Bavaria S.A., no se obtuvo confesión alguna, en relación con una presunta vinculación laboral frente a cada uno

de los demandantes, ni alguna prestación de servicios de ellos en las instalaciones de Bavaria por intermedio de la codemandada Distribuidora Madrigal Ltda, con quien admitió la celebración de un contrato de operación logística para trasteo de botellas y envases, que se verifica con el documento obrante de f.º 244 a 251 suscrito entre las codemandadas el 8 de mayo de 2012.

Sin embargo, el absolvente no señaló la fecha hasta la cual tuvo vigencia tal nexo contractual, y solo se limitó a decir que para la data en que se practicó la diligencia (octubre de 2018), tal convenio no estaba vigente; que se había liquidado en su momento, y por tanto, Bavaria no tenía deuda alguna con dicha empresa. En todo caso, del contrato suscrito entre las codemandadas no se desprende cuáles fueron las personas que se contrataron para ejecutar el objeto del contrato de prestación de servicios de distribución n.º F13-00042, a fin de determinar si los demandantes se vincularon a la Distribuidora Madrigal Ltda, para tal efecto.

Ahora bien, no entiende esta Sala de decisión, el motivo por el cual los demandantes afirmaron en la demanda que en vigencia de la relación laboral que pretenden se declare con la distribuidora demandada, nunca les pagaron sus acreencias laborales, si algunos de ellos en sus interrogatorios de parte, sostuvieron que desde el año 2010 hacía atrás, le pagaron absolutamente todo, como es el caso de José Hernando Niño, y que solo a partir de esa data le pagaron solo salarios, primas y vacaciones, y que estuvo afiliado a un fondo de cesantías; por su parte, Edwin Rodríguez sostuvo en su interrogatorio de parte que solo trabajó un año para la distribuidora mencionada, mientras que en la demanda afirmó que su relación duró casi 2 años; así mismo, Javier Rodríguez señaló en su interrogatorio que solo le deben una parte de vacaciones y de primas de servicio; y Silvio Rodríguez, sostuvo que los liquidaban cada año incluso con primas

de servicios y aportes pensión, y que solo le deben lo atinente al último año en prestaciones y dos últimos años en aportes a pensión.

Son manifestaciones que al ser contradictorias con los hechos puestos en tela de juicio desde el inicio, no le dan certeza a esta Corporación para concluir que en efecto, resulta viable una condena en favor de los actores, quienes por demás, sostuvieron en sus interrogatorios que solo hubo supervisores de Bavaria, y que de quienes recibían órdenes era de Javier, Alirio y John Cortés, empleados de la mencionada Distribuidora, con quien presuntamente firmaron los contratos de trabajo, descartando de paso una posible subordinación por parte de Bavaria.

Por lo demás, tal y como lo sostuvo el *a quo*, no resulta viable tener como prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo, los comprobantes de pago impresos que obran de f.º 45 a 52, 58, 59, 67, 70 a 76, porque no se tiene la certeza de la persona que los elaboró o aprobó, tampoco cuentan con un sello o papel membreteado, como lo sostuvieron los apelantes, ni un número consecutivo, como para deducir que en realidad fueron elaborados por la distribuidora demandada, como sí se tendría la certeza respecto de los recibos n.º 58191 y 57820 elaborados en favor de Silvio Rodríguez visibles a f.º 69.

Sucede lo mismo con las consignaciones que reposan de f.º 53 a 56, 60, 79 a 80, efectuadas a Edwin Rodríguez, a José Hernando Niño, y a Silvio Rodríguez, pues, aunque aparentemente las realizó John Cortés en Bancolombia, dentro del expediente no obra prueba de cuál es la relación que tiene quien hizo la consignación, con la distribuidora demandada, por lo tanto, no se puede deducir por qué concepto se efectuaron tales pagos a los mencionados demandantes.

Así las cosas, respecto de José Hernando Niño Bustos, y Edwin Andrés Rodríguez Marín, no resulta viable declarar la relación laboral deprecada, porque en virtud del principio de la libre formación del convencimiento y la sana crítica a que hacen alusión los artículos 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 176 del Código General del Proceso, la actividad desarrollada por la parte actora para aportar al Juez de primera instancia la convicción de la verdad de su afirmación o para fijarla a efectos del proceso, considera la Sala que, no intentó conseguir el convencimiento psicológico del operador respecto de los datos aportados y por ende no fue suficiente.

Tener como prueba fehaciente de la prestación de los servicios, la simple aseveración de los demandantes en la demanda y sus declaraciones de parte, sería infringir los elementales principios del derecho probatorio, toda vez que afirmar no es probar, y nadie puede fabricar su propia prueba. De manera que, no luce equivocada la apreciación del juez de primer grado, en relación con la carga de la prueba que este caso se predica en cabeza de la parte demandante, como quiera que es sabido, que el principio universal en cuestión de la carga probatoria, es que quien pretende demandar un derecho o quien se opone o excepciona, está obligado a alegar tal aseveración y a demostrar los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, según sea el caso (CSJ SL, 20 mar. 2013 rad. 45120 y SL, 6 sep. 2012 rad. 37804); y aquí los demandantes no lograron demostrar en ellos, los extremos temporales propuestos en el libelo, que hayan prestado sus servicios en favor de la Distribuidora Madrigal S.A.S., o de Bavaria S.A., para que así hubiera podido operar la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, mucho menos, Javier Mauricio Rodríguez, quien no se molestó en allegar algún medio probatorio para acreditar su dicho, solo la copia de su cédula de ciudadanía a f.º 42.

Finalmente, en relación con Silvio Rodríguez Torres, a pesar de que en los hechos sostuvo que fue administrador de personal, tanto de su interrogatorio de parte, como de las certificaciones laborales y de las E.P.S., las afiliaciones a seguridad social que reposan y los dos recibos de caja que obran de f.º 62 a 64, 69, 78 y 83, se puede concluir de manera razonable que fungió como vendedor para la Distribuidora Madrigal Ltda., en los municipios ya mencionados, los días 15 de octubre de 2012 y 15 de septiembre de 2013, y desde el 22 de diciembre de 1997 hasta el 21 de octubre de 2009, sin tener la certeza de que la prestación de estos servicios haya sido en forma continua e ininterrumpida, pues no hay material probatorio contundente con el cual se pueda deducir tal situación, tampoco, que por intermedio de la mencionada Distribuidora, haya ejecutado sus labores en algunas de las instalaciones de Bavaria.

Con base en esto último, no se equivocó el *a quo* en tener por probada la excepción de prescripción, en la medida en que no se allegó reclamación alguna con la que se hubiere podido interrumpir el fenómeno extintivo, y la demanda se interpuso el 2 de junio de 2016 (f.º 1) esto es, con posterioridad al trienio aducido por los artículos 488, 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, contabilizado desde que se hicieron exigibles los derechos laborales reclamados, máxime cuando no se acreditó la prestación personal, continua e ininterrumpida de los servicios de Silvio Rodríguez con posterioridad al 21 de octubre de 2009, solo 2 días: es 15 de octubre de 2012 y el 15 de septiembre de 2013.

Y si bien, se pidió el reconocimiento de una 'indemnización por pensión sanción', tras sostener que su empleador no le pagó los aportes a seguridad social, se debe indicar que no tendría derecho a la prestación regulada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que

reformó el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que aplica exclusivamente para trabajadores no afiliados al subsistema general de pensiones; empero, aquí se acreditó que su empleadora Distribuidora Madrigal Ltda, lo afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, tal y como da cuenta el formulario n.º 745380 del año 1997, que reposa a f.º 63, con sello de recibido de dicha entidad, y así lo aceptó el demandante en su interrogatorio de parte.

Si este trabajador hacía referencia al pago incompleto de aportes a pensión, como lo adujo en su interrogatorio de parte, ha debido solicitar el pago de los mismos en la demanda, pero como no lo hizo, esta Sala está inhabilitada para emitir pronunciamiento alguno, en la medida en que le están vedadas las facultades conforme lo establece el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, porque carece de competencia funcional para decidir sobre hechos que no fueron sustento de las pretensiones de la demanda y que no se discutieron en la primera audiencia de trámite (CSJ SL8716-2014).

Conforme con lo dicho, se **confirmará** la sentencia apelada, sin costas en la instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



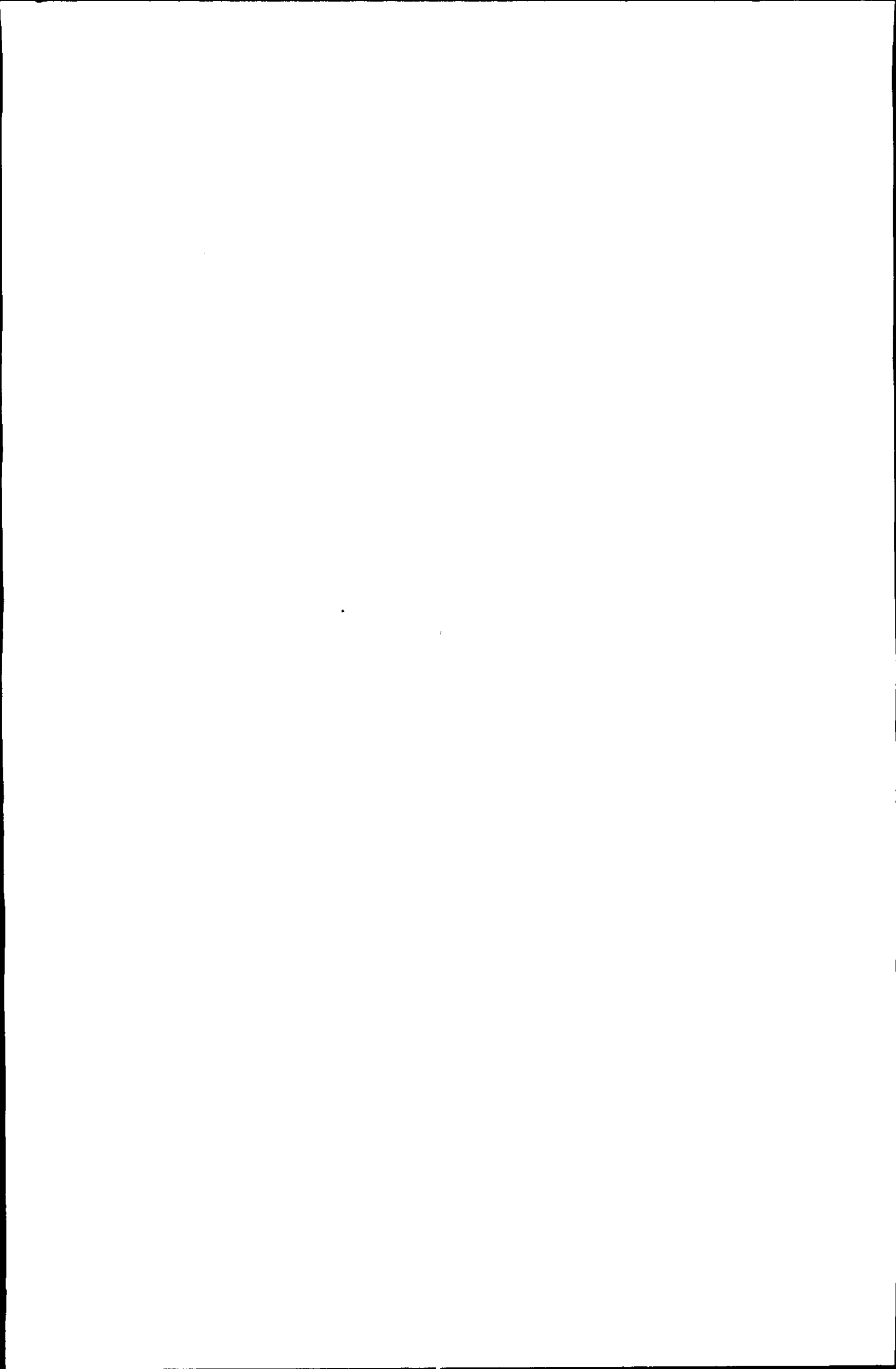
**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**







República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**DAVID A. J CORREA STEER**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por LUCINDA MARTÍNEZ ARIAS y LUZ MARINA RODRÍGUEZ CARDENAS contra la FUNDACIÓN AUTÓNOMA DE COLOMBIA.**

**EXP. 11001-31-05-033-2016-00064-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendieron las demandantes, que se declarara que ejercieron al servicio de la Fundación Autónoma de Colombia labores y funciones del cargo de profesional en el área de contabilidad, que el empleador les adeuda la reliquidación salarial, y la reliquidación de las prestaciones de carácter legal por la labor ejercida como profesionales en el área de contabilidad.

Como pretensiones de condena, solicitaron que se condenara al empleador a efectuar el reconocimiento de la nivelación salarial, correspondiente al cargo de profesionales en el área de contabilidad, del pago a favor de las actoras de la reliquidación salarial, de la reliquidación de las prestaciones sociales de carácter legal, de las prestaciones de carácter extralegal tales como las primas extralegales de navidad, de junio, de vacaciones, y de la reliquidación de las cotizaciones a seguridad social en salud y pensión, todas ellas con retroactividad a la fecha en que iniciaron sus laborales en el citado cargo. Como pretensión subsidiaria, solicitaron que se condenara al empleador al reconocimiento y pago de la indexación de las sumas que resulten reconocidas en juicio, y que se condene a la demandada al pago de costas.

Para el efecto, se manifestó que la señora Lucinda Martínez Arias, se vinculó a la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia el 14 de febrero de 1983, mediante contrato a término indefinido, mientras que la señora Luz Marina Rodríguez Cárdenas, se vinculó el 26 de abril de 1984, por contrato a término indefinido. Indicaron, que de conformidad con el Acuerdo n.º 488 del 30 de noviembre de 2005 del Consejo Directivo, existe el cargo de TÉCNICO II y el cargo de

PROFESIONAL en la Unidad de Contabilidad. Discriminaron las funciones correspondientes a cada cargo, los salarios asignados, y los requisitos para su ejercicio.

Señalaron, que desde el año 2010, desempeñaban funciones correspondientes al cargo de PROFESIONALES en la Unidad de Contabilidad, y que ambas son contadoras especializadas en gerencia financiera y tributaria respectivamente. Aclararon, que las funciones correspondientes al cargo del TÉCNICO II, no corresponden a las ejercidas por ellas, y que el cargo de PROFESIONAL en la unidad de contabilidad solamente puede ser ocupado por un profesional.

Adujeron, que son objeto de discriminación salarial por parte de la demandada, toda vez que no les ha sido reconocida su experiencia y perfil académico, pero a que los señores Edinson Perlaza y Rodrigo Ganoa, los asignaron en el cargo de profesional, en las áreas de unidad de cartera y de planeación, respectivamente, pese a no tener las mismas calidades académicas y experiencia de las demandantes, y sin que haya existido un concurso o convocatoria para ello. Igualmente, sucedió con las señoras Therán Barrios Ingrid del Carmen, García Espitia Luz Adriana, Gómez Zuluaga Marili, Corena Gutiérrez Ana Mercedes, quienes fueron ascendidas a profesionales, mientras desempeñaban el cargo de secretarias, pese a no existir estos cargos en las áreas en las que fueron nombradas; que se nombró a la señora Buitrón Junca Jasmith Eliana, como jefe de arte y cultura, cuando era secretaria, y que se nombró sin concurso a la señora Vargas Tobar Yohana Edith, en el área de cartera para realizar funciones contables.

Todo lo anterior, para evidenciar que pese a existir el Acuerdo n.º488 de 2005, por medio del cual se reglamenta el Manual de

Funciones y Competencias, no existe un criterio objetivo y razonable para asignar cargos y funciones.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda se admitió el 22 de junio de 2016, ordenándose su notificación y traslado a la demandada.

**LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE COLOMBIA,** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor, que las demandantes no han ejercido las funciones correspondientes al cargo de profesional, ni han accedido por concurso a ese cargo (f.º 145 - 147). Propuso como excepciones la de buena fe, y manifestó que siempre ha cumplido todas las obligaciones legales y convencionales que le corresponde.

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha de 21 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por las demandantes.

Consideró, que el problema jurídico a resolver, consistía en establecer si las demandantes ejercieron funciones propias del cargo profesional en el área de contabilidad, para así determinar si procedía la nivelación salarial de las actoras, por ocupar un cargo técnico, y como consecuencia de lo anterior, establecer si había lugar a la reliquidación del salario, prestaciones, seguridad social y las indemnizaciones que correspondieran.

Para resolver la presente Litis, tuvo en cuenta el principio

general establecido en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, y en el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011 “*a trabajo de igual valor, salario igual*”, así como el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia según el cual el trabajador tiene la carga probatoria de señalar los factores discriminatorios en materia salarial o de remuneración, mientras que el empleador debe determinar si existieron razones objetivas para el trato desigual.

Se refirió a lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de noviembre de 2014 Rad. 45830, para mencionar los criterios de valoración que determinan las diferencias salariales, correspondientes al cargo, jornada de trabajo y eficiencia. Igualmente, trajo a colación la sentencia de 31 de agosto de 2016 Rad. 48297, en donde se expresó, que es legítimo que existan diferencias en las remuneraciones de los trabajadores siempre y cuando se funden en razones objetivas.

Para fundamentar su decisión, tuvo en cuenta las pruebas documentales allegadas al proceso consistentes en el título profesional; certificaciones laborales expedidas por la demandada a las demandantes y los respectivos contratos de trabajo (f.º 22 - 35), así como los interrogatorios practicados, en donde se inquirió a las demandantes respecto de cada una de las funciones del cargo profesional establecidas en el Acuerdo n.º 488 de 2005 (f.º 153- 154). El juez le preguntó a las demandantes si dichas funciones las ejercían de manera permanente, a lo cual admitieron que funciones como la de verificar y controlar el registro de operaciones eran ejercidas por la Profesional Flor Alicia Sandoval, mientras que ellas se encargaban de la realización de notas contables o verificaciones, esto es, funciones propias del cargo de Técnico II. Lo anterior, coincidió con lo expresado por el señor Sandro Rodríguez Rojas, quien también desempeña el cargo de Técnico II en la Universidad Autónoma,

cuando afirmó que la función de controlar le correspondía a la jefe inmediata, y que las funciones de profesionales eran ejercidas de manera ocasional con motivo de la ausencia de un profesional, es decir que se trataba de funciones rotativas y no permanentes.

Asimismo, el juzgado consideró que del interrogatorio realizado a la jefe de unidad de pagaduría la señora Ingrid López Chávez se pudo constatar que las demandantes ejercían ciertas funciones, pero no forma permanente toda vez que se hacían para suplir personal, y para la curva de aprendizaje. Así pues, para el despacho no hubo identidad entre las funciones desempeñadas por las demandantes como técnico II, y las funciones de profesional de la unidad de contabilidad.

Sobre la eficiencia, señaló que, pese a que las demandantes cumplían los requisitos para ser profesionales de la unidad de contabilidad, no fueron ascendidas, toda vez que no demostraron las competencias para ejercer el cargo, ni agotaron el proceso de postulación o participaron en convocatorias para la consecución del asenso.

El *a quo*, concluyó que no se acreditaron los elementos del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de la existencia de una remuneración discriminatoria que justificara la nivelación salarial solicitada por las demandantes.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La parte demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que pese a que el despacho consideró que las funciones ejercidas por las actoras eran de carácter asistencial, era evidente que

las demandantes tenían la idoneidad, experiencia y título profesional de contadoras públicas conforme a los documentos que se allegaron al proceso. Asimismo, señaló que de los testimonios practicados, y de la inspección judicial decretada por el despacho, era visible que las demandantes ejercieron las funciones del cargo profesional discriminadas en el Acuerdo n.º488 de 2005, de forma permanente.

Indicó, que el despacho no hizo referencia a la confesión del interrogatorio de parte surtido por la demandada, ni al hecho de que se hayan probado como ciertos la totalidad de los hechos formulados en la demanda. Por ende, la sentencia proferida fue violatoria de los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa.

Igualmente, manifestó que no se valoró en forma debida el testimonio del profesional, quien declaró que las demandantes desarrollaron su misma labor en la unidad de contabilidad, debido a que todos debían conocer cada una de las funciones que desarrollaban los otros. También, expresó que si el empleador tiene la potestad de asignar cualquier función a la parte más débil de la relación laboral, tiene la obligación de efectuar el pago y reconocimiento de las labores con equidad acorde a las funciones prestadas.

Aseveró que hubo mala fe por parte de la demandada, en la asignación de dos profesionales y múltiples técnicos para ejercer la misma labor, situación que era violatoria del artículo 53 de la Constitución Política.

## V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde como problema jurídico se tendrá el determinar si procede o no la nivelación salarial de las actoras, por haber percibido el salario correspondiente al cargo técnico II, y no al cargo de profesional, pese haber ejercido funciones propias de este.

Para ello, es necesario traer a colación el principio *“a trabajo igual, salario igual”*, establecido en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto del cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de mayo de 2005, radicación 23.148 estableció: *“Finalmente, resulta oportuno anotar en torno del tema de la nivelación salarial controvertido en este asunto, que está ligado indisolublemente al principio de a trabajo igual salario igual, que la jurisprudencia tiene reiterado que esta garantía tiene aplicación imperativa cuando se desempeña el mismo puesto, en condiciones de eficiencia iguales; de manera que en relación con el segundo presupuesto referido cobran preponderancia para la fijación de salarios factores tales como la capacitación para el cargo, la antigüedad y experiencia de los trabajadores, que permiten una asignación salarial distinta, sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamenta en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad.”*

Del aparte citado, se tiene que para la aplicación del principio de igualdad salarial se requiere de la existencia de una igualdad en el puesto, en la jornada y en las condiciones de eficiencia; elementos que a juicio de esta Sala de decisión fueron debidamente valorados por el juez de primera instancia para tomar su decisión, toda vez que del acervo probatorio allegado al proceso, es claro que las demandantes ejercieron de forma permanente funciones



asistenciales propias del cargo de técnico II, y que el hecho de que hayan ejercido funciones del cargo de profesional de forma esporádica, por ausencia del profesional en el área de contabilidad, o de forma rotativa, como se constató en los interrogatorios practicados, no implica la configuración de la discriminación salarial aludida por las demandantes.

Sumado lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha sido clara en establecer que para que proceda la nivelación salarial, el trabajador es quien debe sustentar y demostrar las condiciones de desigualdad alegadas. En sentencia del 17 de octubre de 2008, Radicado No. 30474, se señaló: *“Para que sea jurídicamente viable una condenación en orden a nivelar los salarios disfrutados por un trabajador en relación con otro, de acuerdo con el artículo 143 del C. S. del T., se precisa demostración plena de que ambos desempeñaron el mismo puesto, tuvieron igual jornada de trabajo y actuaron con la misma eficacia. **La prueba de estos hechos corresponde darla al trabajador que alega haberse encontrado en las tres circunstancias enunciadas, pues con ello pretende modificar en su favor una situación jurídica vigente,** cual es el salario pactado con el patrono, verbalmente o por escrito, y sabido es que la carga de la prueba pesa sobre quien busca cambiar la situación jurídica en que se encuentra, por otra que lo favorece”*. (Subrayado y negrita fuera del texto).

Empero, en el presente caso, las demandantes admitieron que existían funciones exclusivas del cargo de profesional que nunca desempeñaron, como las correspondientes a verificar y controlar el registro de operaciones, y la elaboración de informes financieros. Asimismo, el fallador de primera instancia interrogó a las actoras sobre cada una de las funciones del cargo de profesional establecidas en el Acuerdo n.º 488 de 2005 para establecer si las ejercían de forma permanente, a lo cual ambas respondieron que había funciones que eran ejercidas solo por la profesional, es decir la señora Flor Alicia

Sandoval, y otras funciones de profesional que ejercían cuando así era requerido.

De otro lado, la parte apelante manifestó, que las demandantes ejercieron de forma permanente las funciones correspondientes al cargo de profesional establecidas en el Acuerdo n.º488 del 30 de noviembre de 2005 del Consejo Directivo, y que contaban con la idoneidad, experiencia y título profesional de contadoras públicas para ejercer dichas funciones. No obstante, las demandantes no participaron de las convocatorias organizadas por la demanda para lograr un asenso del cargo técnico II, al cargo de Profesional. Demostrándose entonces, que no hubo igualdad de condiciones y eficiencia respecto de las labores ejercidas por las demandantes, y los profesionales de la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia.

De modo que, a juicio de esta Corporación, si bien es cierto que las actoras ejercieron ciertas funciones del cargo profesional, según lo manifestado por ellas y los testigos, no se puede considerar que ostentaran el cargo de profesional ni que hubiese discriminación salarial por parte de la demandada.

Por tanto, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia, por considerarse que no se causaron.

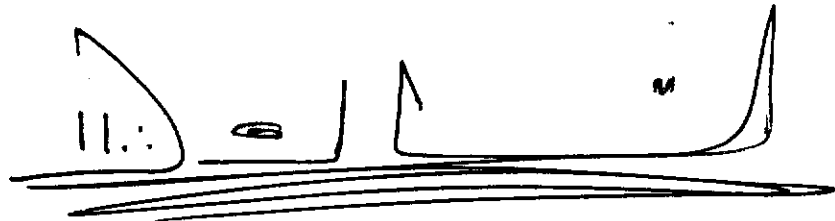
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019, por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

