

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2019 00009 01

Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Clara Leticia Niño Martínez.

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, se encuentra posesionada en el cargo a partir del 27 del mes y año que avanza, atendiendo la licencia otorgada a la Magistrada Dra. Rhina Escobar Barboza por la Sala de Gobierno de la H. Corte Suprema de Justicia.

II. ASUNTO

Atendiendo lo dispuesto en el fallo proferido el 14 de octubre del año que avanza, dentro de la acción de tutela No. 60890, se decide **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la **DEMANDADA PORVENIR S.A.**, en contra de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS** promoviese contra Colpensiones y Porvenir S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” del traslado del actor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se disponga su retorno a Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos e intereses.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado y en los engaños de que se valió para inducir en error al actor, al momento de efectuarse su traslado.

## 2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que en el expediente no obra prueba alguna de la que se pueda establecer que se está en presencia de un error, de inconformidad por parte del demandante, y de constreñimientos o presiones indebidas y que la decisión del actor de trasladarse fue libre, espontánea y voluntaria.

Expresa que, al momento de solicitarse el retorno a Colpensiones, al accionante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Por su parte Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP, por el contrario, están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por el demandante.

Señaló que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente.

Refiere que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el demandante y la AFP, pues él sí pretendió afiliarse al RAIS y mantenerse en este, como por tanto tiempo lo ha hecho.

Finalmente, expresó que para el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2019 00009 01

Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

### 3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de Oscar Alberto del Río Rojas identificado con la c.c. No. 19.353.443 a Porvenir S.A., suscrita el 28 de septiembre de 2001, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante Oscar Alberto del Río Rojas, como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

**TERCERO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. (...)”

Para llegar a esa conclusión, se inicia por hacer un breve recuento de lo expuesto en demanda y contestaciones. Después de ello, recapitula el problema jurídico a resolver en que planteó en determinar si había lugar a decretar “la nulidad” del traslado de régimen que hiciese el señor demandante del Régimen de Prima media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Rememora que el fundamento de tal pretensión fue la falta de información necesaria para decidir su traslado.

Clara en lo anterior, expone que la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes pensionales en Colombia, los cuales son distintos, obedecen a características diferentes y traen consecuencias diferentes en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión. Así mismo, trajo a colación que desde la misma promulgación de la Ley 100 de 1993, se exigió a los fondos, al momento de la afiliación, que proporcionaran la información debida a los afiliados para que tuvieran un consentimiento informado respecto del traslado de régimen.

Enunció de forma posterior sentencias proferidas por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 68852 de esta anualidad, 68838, entre otras, donde se ha abordado el deber de información.

Expuso que no era posible hablar de regímenes ventajosos o desventajosos, sino que era necesario analizar cada caso en concreto. Aborda lo relativo al deber de la carga de la prueba del asesoramiento, la que establece a cargo de las entidades financieras.

Analiza el caso en estudio y expone que, ante la ausencia de duda sobre la afiliación, era un deber del fondo privado convocado, el demostrar su deber de asesoramiento y como ello no aparecía acreditado, se abrían paso las pretensiones incoadas.

#### 4. Recurso de apelación

Porvenir S.A., indica que, el deber de información no fue negado ni evadido por esa entidad, pues dentro del mismo escrito de contestación se indicó que ese deber de información se encontraba en la primera fase, la cual resaltaba la información que debía suministrársele a los afiliados y que no evidenciaba la exigencia de un buen consejo, una doble asesoría, dejar constancia de manera escrita, realizar proyecciones o simulaciones pensionales, pues este tipo de criterios surgen con una posterioridad de desarrollo jurisprudencial y legal, por ello, Porvenir S.A. no faltó al ese deber de información.

Menciona además, que el traslado no puede materializarse como quiera que el demandante se encuentra a 10 años o menos de cumplir la edad para obtener su pensión.

#### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 20 de enero de 2020, se admite el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 8 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las demandadas, quienes reiteraron lo precisado en sus contestaciones, así como en el prementado recurso.

Finalmente, por auto del 30 de junio del año en curso se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 06 de julio del mismo año.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2019 00009 01

Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual la mayoría de la Sala decidió:

*“PRIMERO.- REVOCAR la sentencia. En su lugar, se DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE y, en consecuencia, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.*

*SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora. (...)*”

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos, y la cual, no fue objeto de casación.

#### 6. De la acción de tutela

Interpone el señor Del Río Rojas acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 60890, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 14 de octubre de 2020, en el que se dispone:

*“PRIMERO: Conceder la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS.*

*SEGUNDO: Dejar sin efecto la sentencia de 17 de julio de 2020, proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente.*

*CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991*

*QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.”*

#### IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela,

atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

Cumplimiento al fallo de tutela

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 29 de septiembre de 2001 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir (fl. 71) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008<sup>1</sup>, dijo:

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia,*

---

<sup>1</sup> M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2019 00009 01

Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

*con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

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

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

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

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

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora: en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.*

*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”*

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

*“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

*Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2019 00009 01

Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

*debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.*

*En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”<sup>2</sup>*

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

---

<sup>2</sup> SL 1688-2019 Radicación No. 68838

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2019 00009 01

Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

*“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Estos criterios fueron expuestos en la sentencia de tutela No. 60890 (STL-8714-2020) del 14 de octubre del año que avanza a la cual se le da cumplimiento mediante el presente proveído.

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 71 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 29 de septiembre de 2001 con la Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

*“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, y conforme los argumentos esgrimidos por el apelante, si bien para la época en que el señor Del Río Rojas se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (29 de septiembre de 2001) no era obligatorio para las administradoras de fondos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2019 00009 01

Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, así como tampoco el traslado del demandante entre fondos de pensiones convalida o ratifica la actuación de traslado sin el cumplimiento del deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Conforme lo antes expuesto, y en cumplimiento a lo ordenado en la pluricitada acción constitucional con radicado No. 60890, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

#### V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

#### VI. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada promovida por el señor Oscar Alberto del Río Rojas en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 029 2019 00009 01

Demandante: OSCAR ALBERTO DEL RÍO ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

Los Magistrados,

*Clara Nino M.*  
CLARA LETICIA NINO MARTÍNEZ

*M. Chávez Ávila*  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

*Lorenzo Torres Russy*  
LORENZO TORRES RUSSY  
~~Selevación de voto~~

*CONTRATO*  
TSB SECRET S. LABORAL  
43522 18DEC'20 AM11:17

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Clara Leticia Niño Martínez.

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de agosto de 2020 dentro del proceso de fuero sindical que EUCLIDES CARRANZA Y LA UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA- UTCC promoviese contra la TRANSPORTADORA COMERCIAL DE COLOMBIA- TCC SAS.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare que, Euclides Carranza fue despedido pese a que estaba amparado por fuero sindical. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro junto con el pago de salarios, reajustes legales y extralegales, cesantías, intereses a las cesantías, y prestaciones extralegales, tales como, primas de vacaciones, bonificación de navidad, y bono de escolaridad. Igualmente solicita, reparación integral del daño.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la calidad de miembro de Euclides Carranza de la Subdirectiva Seccional de Bogotá del sindicato USTTC, así como en la terminación de su contrato de trabajo pese a que estaba amparado por fuero sindical, decisión que se fundó en la sentencia del 02 de mayo de 2019 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se declaró la nulidad del acta de fundación de la Subdirectiva Bogotá de la USTTC, por no tener el número mínimo de afiliados.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expuso, en síntesis, que, no es posible entender que Euclides Carranza fue directivo sindical o que gozaba de fuero sindical, al declararse la nulidad del acta de fundación de la Subdirectiva Seccional Bogotá de la USTTC, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.

Señaló que, en la providencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá se enfatizó en el abuso del derecho de Euclides Carranza al deslegitimizar la función social que debía cumplir como directivo sindical y como garante colectivo, para utilizar tal figura en beneficio propio.

Finalizó indicando que, al ser llamado el actor a descargos, nuevamente creó una Subdirectiva Seccional en Bogotá a fin de resultar amparado por la figura del fuero sindical, y evadir la terminación de su contrato de trabajo, lo que constituye un abuso del derecho.

### 3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

**PRIMERO.** - DECLARAR que Euclides Carranza, al momento de su desvinculación, se encontraba amparado por la garantía del fuero sindical en su calidad de Presidente de la subdirectiva seccional Bogotá de la organización sindical USTCC, fundada o creada en el mes de mayo de 2019.

**SEGUNDO.** - ORDENAR a TCC S.A.S., reintegrar a Euclides Carranza, al cargo de auxiliar logístico que venía desempeñando para el momento de su desvinculación o a uno de igual o superior categoría.

**TERCERO.** - ORDENAR a TCC S.A.S., pagar en favor de Euclides Carranza, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, teniendo en cuenta para ello, que devengaba una asignación salarial de \$1'203.360, valor sobre el cual deberán efectuarse los ajustes legales y extralegales que hubieran procedido en el evento que hubiera continuado prestando el servicio.

**CUARTO.** - ORDENAR a TCC S.A.S. a pagar en favor de Euclides Carranza, las prestaciones legales y extralegales causadas en el lapso en el que estuvo desvinculado, entendiéndose que no hay solución de continuidad en la vinculación, esto es, el reconocimiento de primas de servicio legales y extralegales, vacaciones y demás emolumentos extralegales, que sean aplicables en la empresa desde el mes de junio de 2019 hasta cuando se verifique el reintegro. Adicionalmente, se ordena a TCC S.A.S., que proceda a consignar en un fondo de cesantías, la prestación causada en favor del accionante en las oportunidades correspondientes y a efectuar los aportes al sistema de seguridad social en

salud y en pensiones, a entera satisfacción de las entidades de seguridad social a las que se encuentre afiliado.

QUINTO. - EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto a las condenas infligidas.

En síntesis, refirió que está acreditado que el 21 de mayo de 2019 el actor fue designado como Presidente de la Subdirectiva Seccional Bogotá de la USTCC, lo que se informó el mismo día al empleador, por lo que al terminarse el contrato de trabajo el 10 de junio de 2019, contaba con fuero sindical.

Explicó que, si bien es cierto cuando un trabajador es designado de forma intempestiva como directivo de un sindicato a fin de garantizar su estabilidad en un empleo, esto podría privar a un trabajador del fuero sindical, no existe prueba que por parte de la empresa hubiera algún tipo de información que permitiera establecer que su intención era despedir al actor, pues lo estaba llamando a descargos para verificar si estaba justificado su proceder dentro de las acciones que ejecutó como Presidente de la Subdirectiva Seccional Bogotá de la USTCC previa declaratoria de ilegalidad de esta, por parte del Tribunal Superior de Bogotá.

Agregó frente al caso en particular que, no basta con hacer deducciones sobre la eventual suspicacia que se pudiere presentar o de unos eventuales indicios, pues se carece de soporte probatorio en el plenario como para establecer que la intención del trabajador fue garantizar su estabilidad en el empleo; que no se adelantó por parte del empleador ninguna gestión para que se determinara la ilegalidad en la constitución de la subdirectiva sindical a la que pertenece el actor; que si en gracia de discusión se estableciera que del trabajador existió abuso del derecho, lo prudente era que el empleador acudiera ante la justicia ordinaria a fin de levantar el fuero del actor, y no proceder a su despido.

Concluyó, exponiendo que, la normatividad resarce el daño a través de la ineficacia del despido, motivo por el cual lo procedente es el reintegro del trabajador con el pago de las acreencias laborales y extralegales dejadas de percibir.

#### 4. Argumentos del Recurrente

Adujo que está acreditado que el fuero del accionante claramente obedeció a una maniobra, astuta, y completamente ausente buena fe, con el fin de mantener su estabilidad en el empleo.

Indicó que, se tuvo conocimiento de la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que declaró la ilegalidad de la Subdirectiva de Bogotá de la USTCC el 07 de mayo de 2019, ratificándose su creación por parte de sus integrantes sólo hasta que fueron llamados a descargos.

Señaló que, de la prueba testimonial se logra establecer que la creación de la Subdirectiva obedeció a los llamamientos que se hicieron a los trabajadores a descargos, siendo claramente su móvil la protección de sus empleos, sin que sea una consideración subjetiva por parte de la demandada, por el contrario, abusaron de la figura jurídica, por demás que no podían mencionarle que la intención del empleador era su despido, pues lo contrario sería un prejuizgamiento.

Finalmente manifestó que, la sentencia del *A quo* estaba apartada de la secuencia de los hechos, de la jurisprudencia atinente al abuso del derecho en tratándose de fuero sindical; y que en caso de reconocerse el fuero a favor del trabajador los beneficios del laudo arbitral únicamente se pueden comenzar a reconocer a partir de su firmeza.

#### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

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

### III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿El trabajador incurrió en abuso del derecho al lograr el fuero como consecuencia de la creación y/o ratificación de la Subdirectiva Seccional Bogotá de la USTCC?

#### Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

#### **Abuso del derecho en materia de fuero sindical**

El artículo 39 de la Constitución consagra el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. A su vez el artículo 405 del C.S.T. define el fuero sindical, como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, desmejorados en sus condiciones de trabajo, o trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un

municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo, por lo que el interés del empleador dirigido a que se produzca cualquiera de estos eventos, debe adelantarse a través de un proceso especial dirigido a obtener el permiso respectivo.

Aclarando lo anterior, es menester resaltar que en el caso de estudio, no fue materia de controversia la relación laboral existente entre las partes, así como tampoco que el demandante fue nombrado formalmente como miembro de la Junta Directiva al ser elegido Presidente de la Subdirectiva Seccional Bogotá de la organización sindical USTCC, por demás que estos hechos se demuestran con el contrato de trabajo, la certificación laboral, y el registro de la Subdirectiva ante el Ministerio de Trabajo del 21 de mayo de 2019, visibles a folios 28 a 33, 147, y 148, del expediente.

Ahora bien, el *quid* del asunto se contrae a establecer si por la forma como se aforó el accionante existió un abuso del derecho por parte de él, para lo cual es necesario advertir que la garantía foral de que trata el artículo 405 del C.S.T fue instituida para proteger el derecho fundamental de asociación de los trabajadores en defensa de sus intereses, por lo que en tal sentido, la estabilidad especial que implica y que beneficia a ciertos trabajadores, tiene por finalidad hacer posible la creación de nuevos sindicatos, o defender la existencia o supervivencia de los ya constituidos.

Al respecto H. Corte Constitucional señala que la garantía foral “*está ligada con la protección al ejercicio del derecho de asociación sindical, cuya finalidad es procurar que los sindicatos mediante sus representantes puedan ejercer la función para la cual fueron constituidos, esto es, la defensa de los intereses económicos y sociales de sus afiliados*” (sentencia T-096 de 2010); o sea, dicha garantía en principio es para respaldar la actuación del sindicato y en segundo lugar, la estabilidad laboral de los representantes del sindicato (sentencia T-733 de 2011).

Así, es claro que el fuero sindical tiene como objetivo principal proteger el derecho de asociación, pero no la estabilidad en el empleo, por lo que, no resultan válidas las actuaciones que constituyen abusos de tal derecho so pretexto de proteger la garantía mencionada. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-797 de 2000, dijo que:

*“No es admisible reconocer el carácter absoluto de la libertad sindical, en la medida en que la propia Constitución establece como limitación, concretable por el legislador, que “la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos” (art. 39 inciso 2) y que, los Convenios Internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, en cuanto ellas sean necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que se persiga, para garantizar la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicos, los derechos y deberes ajenos y, en general, el*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00693 -01

Demandante: EUCLIDES CARRANZA Y USTCC

Demandado: TCC SAS

*cumplimiento de cualquier finalidad que se estime esencialmente valiosa...*" (Negrilla por la Sala).

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Rad. 21280, del 15 de septiembre de 2009, reiterada en las sentencias STL13523-2014, STL3043-2017 y STL7943-2017, estableció:

*"Sobre el particular cabe precisar que no se le puede dar validez a las actuaciones que se encuentran en contra del orden legal o que constituyen abusos del derecho de asociación de asociación, so pretexto de proteger el derecho mencionado, porque hacerlo es desnaturalizar el derecho mismo. Es por ello que se ha dicho que no surgen derechos, como el fuero sindical, de aquellos sindicatos creados abusando del derecho de asociación y con el único fin de buscar la protección foral injustificada, como por ejemplo en los casos de carrusel sindical (Sentencia T-215 de marzo 23 de 2006) o cuando se crean sindicatos en contra de las normas, sindicatos de empresa que no son de empresa o sindicatos de industria que no son de industria, por ejemplo, sindicatos de industria de trabajadores privados o de servidores públicos, los cuales no se encuadran en ninguna de las clases de sindicatos, por ser dicha calidad un género, con lo cual se pretende tener facilidad en la estrategia de abuso del derecho.*

*Lo anotado, se sustenta en el artículo 39 de la C.P. que nos indica que la estructura interna y funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos, dentro del cual se encuentra el artículo 356 del C.S.T. que establece las clasificaciones de los sindicatos, límite mínimo y racional a que deben estar sujeto las organizaciones sindicales al momento de su constitución". (Subrayado y Negrilla por la Sala)*

Igualmente, la máxima corporación de la especialidad laboral dentro de la jurisdicción ordinaria, en sentencia STL16770-2017, determinó:

*"no se desconoce que la libertad sindical se manifiesta como una facultad autónoma de los trabajadores para crear sus propias organizaciones sindicales y para pertenecer a ellas como afiliados o como directivos; sin embargo, su objetivo no puede convertirse en una barrera para impedir la remoción de determinado empleado y obligar al empleador a mantener unas condiciones laborales inexistentes, como ocurre en este asunto, pues es claro que el reintegro que dispuso el comité de reclamos quedó sin efecto con la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena al resolver el recurso de anulación al que acudió Ecopetrol, aspecto que tampoco fue considerado por el colegiado acá accionado en su determinación". (Subrayado y negrilla por la Sala)*

En igual sentido, en sentencia SL4705-2019 expresó:

*"Ahora bien, siguiendo la doctrina del abuso del derecho, conforme a la cual nadie puede ejercer sus derechos con desmedro de la función social que le es inherente, es decir que todo derecho debe ejercitarse de acuerdo con su objeto social propio, en orden al cumplimiento del fin social que con él se persigue, teoría que tiene plena vigencia en la legislación laboral, implica que la decisión legítima de un trabajador de afiliarse a una*

*organización sindical implica, fundamentalmente, apoyar y fortalecer el sindicato y que éste defienda los intereses comunes de sus asociados, con el compromiso de observar los estatutos del mismo (artículo 353 del CST, subrogado por el artículo 38 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 1° de la Ley 584 de 2000 y sentencia CC C-331-2007). Así mismo, como afiliado a un sindicato, si éste suscribe una convención colectiva, tiene el derecho de beneficiarse de la misma, en los eventos que, se itera, estando en esa condición, cumpla con los supuestos de hecho que exige la norma convencional.*

*En ese orden, afiliarse al sindicato con el propósito preponderante de obtener un provecho personal, beneficiarse de las cláusulas que contenga un acuerdo colectivo signado por éste y precisamente de unos beneficios que para el momento de su asociación al ente ya tenía cumplidos, en verdad también evidencia un abuso del derecho". (Negrillas por la Sala).*

Así las cosas, es claro que cuando se desnaturaliza la figura del fuero sindical, y lo que se persigue con él no es proteger el derecho de asociación de los trabajadores y la defensa de sus intereses, acudiendo a él, en obediencia de otros móviles, e inclusive aprovechándose de la figura, como lo sería para evitar la remoción del empleo, no es posible considerar que el trabajador gozara de fuero sindical, situación que como acertadamente lo dispuso el *A quo* debe estar debidamente acreditada.

De esta manera, se procede a evaluar las pruebas arrojadas al plenario, para verificar si encontramos acreditado el alegado abuso del derecho:

- El 02 de mayo de 2019, el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, decidió declarar la nulidad de la Subdirectiva Bogotá de la USTCC, y por ende ordenó su liquidación y disolución (fls. 438 a 448), quedando en firme el 09 del mismo mes y año, según constancia de desfijación de edicto visible a folio 437.
- El 17 de mayo de 2019 el accionante fue llamado a ampliación de hechos para el 21 del mismo mes y año, en virtud de la declaratoria de ilegalidad de la Subdirectiva USTCC de Bogotá, y de las actuaciones que llevó a cabo como Presidente de ésta (fls. 34 a 39).
- El 20 de mayo de 2019, el actor solicitó el aplazamiento de la ampliación de hechos, con el fin de preparar tal diligencia, razón por la que el mismo día, la empresa dispuso su postergación para el día 22 de igual mes y año (fls. 43 a 49). Ese mismo día, mediante asamblea de trabajadores se constituyó la Subdirectiva Bogotá de la USTCC (fls. 150 a 158).
- El 21 de mayo de 2019, se informó a la empresa demandada que el 20 del mismo mes y año se realizó asamblea a través de la cual se dio nacimiento a la Seccional Bogotá de la USTCC, quedando el accionante nuevamente como miembro de la junta directiva al ser elegido Presidente de tal subdirectiva (fls. 145 y 146).

- El 22 de mayo de 2019 el actor junto con otros trabajadores dejó constancia que a la diligencia para la cual fueron citados, no les permitieron la entrada de sus representantes legales (fl.50); y se levantó acta de ampliación de hechos, en la que quedó consignado la asistencia de un asesor de la USTCC y del trabajador, solicitando que se pudiera presentar por escrito sus descargos para el 24 de mayo de 2019, el cual se concedió (fls. 55 a 58).
- El 24 de mayo de 2019 el demandante dio respuesta al cuestionario que se le puso de presente en la diligencia de ampliación de hechos, y solicitó que se anulara y dejara sin efectos la actuación disciplinaria que se le estaba adelantando (fls. 51 a 54).
- El 27 de mayo de 2019 se realizó la inscripción de la Subdirectiva Bogotá de la USTCC ante el Ministerio del Trabajo y se notificó a la demandada de tal acto (fl.143, 144, 147 y 148)
- El 04 de junio de 2019 se terminó el contrato de trabajo del actor (fls. 59 a 70), lo que fue impugnado por él, el mismo día (fls.71 a 78), empero que sería confirmado el 07 del mismo mes y año, estableciéndose como fecha de finiquito contractual a partir del 11 de junio de 2019 (fls. 79 a 81).
- El 17 de julio de 2019 se negó la tutela interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, mediante la que se declaró nulo el acto de fundación de la Subdirectiva de Bogotá de la USTCC llevado a cabo en 2017; siendo confirmada tal decisión el 17 de octubre del mismo año (fls. 389 a 416).

Ahora bien, con el recuento de las anteriores pruebas documentales, no se logra determinar fehacientemente que el móvil que inspiró la creación de la Subdirectiva Seccional Bogotá de la USTCC fue impedir la remoción de empleados, pues si bien se conformó, una vez fueron llamados a diligencia de ampliación de hechos o descargos, tal situación *per se* no es prueba de que el móvil de su constitución fue ajeno al derecho de asociación, recuérdese que, todo trabajador con vínculo indefinido tiene la atribución legítima, en virtud del derecho fundamental de asociación sindical, de afiliarse a una organización sindical, inclusive aunque haya conocido previamente de la terminación del vínculo, tal y como lo expuso la H. Corte Constitucional en sentencia T-917 de 2012:

*“La Corte debe advertir que no existe fundamento normativo para que el preaviso de terminación de un vínculo laboral en un contrato a término indefinido constituya una frontera para el goce efectivo del derecho fundamental de asociación sindical. Inferir lo contrario, advierte esta Sala, constituye una infracción a la libertad de afiliación consignada en el Código Sustantivo del Trabajo (art. 358), la Constitución Política y el Convenio número 87 de la OIT, “sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación”. De este último, vale la pena referir las siguientes disposiciones:*

***“ARTÍCULO 2.** Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.*

**ARTÍCULO 3.**

*1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.*

*2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.”*

*En este caso se descarta que los actos desplegados por la trabajadora constituyan un abuso del derecho o que ellos la hagan incurrir en mala fe. Mas bien, debe prevenirse a la empleadora que todo contratista con vínculo indefinido tiene la atribución legítima, en virtud del derecho fundamental de asociación sindical, de afiliarse a la organización aunque haya conocido previamente de la terminación del vínculo”.*

Por tanto, lo que debe estar debidamente acreditado es que el móvil del accionante fue evadir la remoción en su empleo, pues en virtud del libre ejercicio de su derecho de asociación nada impide que inclusive conociendo que su vínculo terminará que pueda crear un sindicato o una subdirectiva, o ser nombrado como directivo sindical, es por ello, que se reitera, para el asunto, que lo que debe estar debidamente acreditado es que los móviles que inspiraron la creación de la subdirectiva, son ajenos al derecho de asociación.

Del mismo modo, tenemos que comparecieron a rendir testimonio los señores Pedro José Garzón Cárdenas, Marco Hernán Torres Valero, y José Mauricio Rodríguez Buitrago, de quienes se logra establecer que el motivo de la última asamblea, esto es, la del 20 de mayo de 2019 tuvo como eje fundamental ratificar la seccional Bogotá de la USTCC, pues ya tenían los papeles al día para su conformación; que en la asamblea se discutieron temas acerca de la legalidad de la subdirectiva que se ordenó liquidar, y del porqué la empresa estaba obrando en su contra pese a que desde su perspectiva, la consolidación de la subdirectiva había sido legal; y que no se conversó la situación de Euclides Carranza, ya que se enteraron de ésta después de la reunión que se hizo.

Al respecto, se aclara que si bien el testigo Pedro José Garzón Cárdenas uso la expresión nos “cogieron a quema ropa”, la empleó para hacer alusión a los procedimientos disciplinarios y de descargos que la empresa demandada decidió adelantar con ocasión de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá del 02 de mayo de 2019, sin que ello implique necesariamente que el móvil en la

constitución del sindicato hubiera sido ésta, pues reiteradamente expuso que la idea que guio la constitución la asamblea fue la ratificación de la subdirectiva sindical, lo que también manifestó en interrogatorio de parte, Euclides Carranza.

Frente a Gerardo Mancera Rodríguez pese a las contradicciones en que incurrió en cuanto a su pertenencia a la Subdirectiva de la USTCC y la del actor, además que justificó éstas en las dificultades tecnológicas que tuvo al momento de rendir su declaración, se destaca que en todo caso manifestó que no recordaba expresamente que se hizo en la asamblea del 20 de mayo de 2019, por lo que con su testimonio tampoco se puede establecer que el móvil de crear la Subdirectiva Bogotá de USTCC fue la de impedir el despido de trabajadores.

Ahora, y en lo atinente a los testigos de la demandada, Alejandro Pérez Martínez y Deissy Patricia Rojas Martínez, tan sólo manifestaron que no sabían si el actor iba a ser objeto de despido y si se filtró información atinente a tal desvinculación; y si bien manifiestan que desde su punto de vista hubo un nexo causal entre la citación del actor a diligencia de ampliación de hechos y salir por parte de este a buscar fuero, en la medida que el proceso de desvinculación del accionante ya había iniciado, también resultan insuficientes para establecer que el móvil que inspiró la constitución de la Subdirectiva Seccional Bogotá de la USTCC fue impedir el despido del accionante, pues tal declaración se basa en un supuesto, pues ninguno de ellos manifestó haber comparecido a la asamblea, o conocer de alguna forma directa que el fin de la ratificación de la Subdirectiva fue impedir el despido del accionante.

Así las cosas, no es posible considerar que, el accionante abuso de la figura del fuero sindical, pues no se encuentra debidamente acreditado tal escenario.

Finalmente, y en lo referente a que el reconocimiento de los beneficios del laudo arbitral únicamente se puede reconocer a partir de su firmeza, ciertamente debe advertirse que la sentencia del *A quo* fue lo suficientemente clara, en cuanto ordenó el reintegro del trabajador Euclides Carranza, lo que implica como acertadamente lo señaló el juzgador de primera instancia que debe entenderse que la relación laboral no tuvo solución de continuidad y en consecuencia que se debe reconocer y pagar los salarios y prestaciones legales y extralegales dejadas de percibir desde el despido hasta que se lleve a cabo tal reintegro, en las mismas condiciones que se hubiera hecho de no haberse finiquitado el contrato de trabajo del actor.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00693 -01

Demandante: EUCLIDES CARRANZA Y USTCC

Demandado: TCC SAS

#### IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte demandada.

#### V. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia.

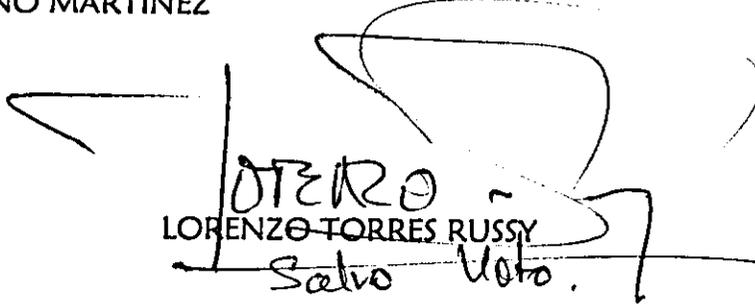
SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,

  
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

  
LORENZO TORRES RUSSY  
Salvo voto.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de 1.000.000 = a cargo de la parte demandada.

  
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ  
Magistrada Sustanciadora



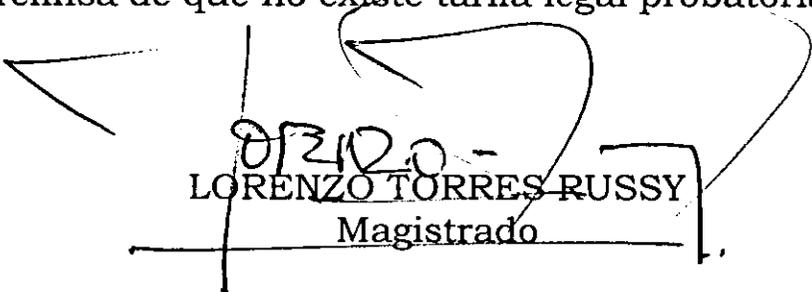
República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Laboral

### SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente salvo voto, porque considero que son las circunstancias las que pueden indicar si se evidencia o no tal abuso. En el presente caso los antecedentes demuestran que quien ejerce el derecho, estuvo vinculado a una fundación ilegal de una subdirectiva sindical y que para el momento en que pretende el amparo foral, estaba siendo disciplinado por su empleador previamente, circunstancias que a mi juicio son indiciarias del ejercicio inadecuado del derecho de asociación, con la premisa de que no existe tarifa legal probatoria.

  
LORENZO TORRES RUSSY  
Magistrado

TSB SECRET S. LABORAL

43522 18DEC'20 AM11:17

*Handwritten signature*

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Clara Leticia Niño Martínez.

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO

Se decide el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de septiembre de 2020 dentro del proceso de fuero sindical que PEDRO ALIRIO QUINTERO SANDOVAL promoviese contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare que, la Procuraduría General de la Nación desmejoró sin autorización judicial, las condiciones del actor al dar por terminado su encargo como Procurador Judicial II. Como consecuencia de lo anterior, solicita su restitución al cargo que ocupaba antes de darse por terminado su encargo, junto con el pago de diferencias salariales y prestacionales, e indexación.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la presunta desmejora que se le efectuó al actor en la calidad de miembro de la junta directiva (Presidente) del Sindicato de Procuradores Judiciales- PROCURAR, al ser nombrado en encargo como Procurador Judicial II y una vez finalizado este, fuere retornado a su cargo en carrera, Procurador Judicial I, situación que a su juicio ocurrió por el malestar generado por las actuaciones que desplegó como directivo sindical.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, expuso, en síntesis, que, se dio por terminado el encargo no sólo por el cumplimiento del plazo de los seis meses sino también porque se estaba agotando la lista de elegibles, motivo que permitía finalizarlo anticipadamente.

Indicó que, en ningún momento se tomó represalias contra el accionante, por demás que la obtención de un resultado satisfactorio no otorga el derecho de que permanezca en el cargo.

Señaló que, la desmejora debe ser vista desde el cargo que el demandante tenía en carrera administrativa, pues lo que se otorgó al trabajador fue una mejora que, en virtud de su naturaleza, era transitoria, de manera que una interpretación contraria generaría que no se pueda promover transitoriamente trabajadores con fuero, pues de lo contrario, se promovería la promoción de derechos absolutos y de perpetuidad.

Agregó que, con la terminación del encargo, en ningún momento se afectaron los derechos del sindicato como sujeto colectivo, pues su cargo de Presidente de PROCURAR es anterior a su encargo.

Adujo que, la Ley 262 de 2000 faculta al Procurador de proveer las vacancias definitivas a través del encargo de un funcionario en carrera o mediante un nombramiento en provisionalidad, lo que permite la prórroga del empleado o nombrar uno diferente, tal y como ocurrió en el caso, donde se dispuso a designar en encargo a otro empleado de carrera, lo que tiene como fin estimular al personal.

Finalizó explicando que, las condiciones son similares a las de un trabajador del sector privado con contrato a término fijo, donde se conoce cuando finalizará su relación laboral.

### 3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que está acreditada la existencia del sindicato PROCURAR, así como que el actor es miembro de la junta directiva, en su calidad de Presidente.

Señaló que, el demandante desempeñó el cargo de Procurador Judicial I en carrera desde el 02 de septiembre de 2016, estando en encargo como Procurador Judicial II desde el 09 de julio de 2018 a través de los Decretos 2810 y 5112 de 2018, que permitió el desempeño de tal cargo durante 6 meses prorrogados por 6 meses más.

Expresó que, pese a lo anterior con el Decreto 1561 del 09 de julio de 2019 se encargó en el cargo que desempeñaba el actor a Efraín Aponte Giraldo, lo que generó que el accionante retornara a ser Procurador Judicial I.

Agregó que, de la lectura de los Decretos 2810, 2826 y 5112 de 2018, lo que se entiende es que a favor del accionante lo que operó fue un encargo de seis meses que se prorrogó, por lo que lo que operó en el caso, es la expiración de tal

nombramiento, por demás que el Decreto 262 de 2000 permite que el Procurador discrecionalmente nombre personal en provisionalidad o en encargo al existir vacancias definitivas, sin que exista obligación de prorrogar a quien se encontraba en encargo.

Indicó que, en esas condiciones es asimilable la situación del accionante con los trabajadores del sector privado que están vinculados mediante contrato a término fijo, escenario en el que no se necesita despedir trabajadores con fuero, por el vencimiento del plazo.

Expuso que, no es cierto que el encargo hubiese quedado condicionado a la existencia del arribo de un profesional en carrera, y que si bien el desempeño del actor según calificaciones está cerca de la perfección, y otros trabajadores fueron prorrogados por un mayor tiempo, lo cierto es que no se requería permiso para levantar el fuero del actor, en virtud, que la presunta desmejora operó por vencimiento del plazo en el que debía estar en su cargo para el cual fue nombrado en encargo.

Concluyó, exponiendo que, no se denota que se hubiera cercenado el derecho de asociación por el hecho de que el accionante hubiese tenido que retornar a su puesto en carrera, ya que, siguió ejerciendo sus funciones sindicales y ejecutó las actuaciones como dirigente sindical, según prueba testimonial.

#### 4. Argumentos del Recurrente

Adujo que la figura del fuero sindical tiene un nivel extraordinario, y de ahí la preocupación del constituyente del 91 de que sea una realidad; y que los servidores públicos gozan de esta figura.

Indicó que, el yerro de la *A quo* está en confrontar el bloque de constitucionalidad frente a un marco legal, pues si estamos en presencia de una protección constitucional, no podemos desconocer, que en la práctica la protección que se realizó fue con base en una interpretación de normas de rango legal e inclusive en resoluciones que tienen un nivel ínfimo en la jerarquía normativa.

Señaló que, existe una aparente contradicción en cuanto a la existencia de la desmejora pues al principio pareciera indicar que sí, y luego, no es muy clara la postura, empero sí hay tal, como quiera que existe un desmedro salarial de aproximadamente \$14'000.000- \$15'000.000.

Dijo que, la asimilación que se hizo frente al contrato a término fijo hace relación a desvinculaciones y no a desmejoras.

Agregó que, el hecho de que el accionante hubiera seguido siendo Presidente de la organización sindical no implica que no se esté frente a una desmejora, pues lo

que quiso el legislador es que si se va a realizar una desmedro al trabajador aforado, es que necesariamente se acuda ante el Juez del Trabajo, por demás que quedó absolutamente demostrado que en el caso de la Procuraduría normalmente los encargos se prorrogan hasta que arribe el profesional de carrera.

Enunció que, la interpretación del Decreto 260 de 2000 no corresponde a la correcta lectura del encargo, pues allí si bien se utiliza la expresión “podrá”, no se puede desconocer que las decisiones del Estado no sólo tienen que estar acorde al marco legal, sino que también al constitucional, por lo que, la supuesta discrecionalidad de la Procuraduría no puede constituir arbitrariedad, más aún cuando se está en presencia de un directivo sindical. Aunado a que, dicha tesis es más exigente con el provisional que con el empleado de carrera, en la medida que, el primero hubiese tenido que esperar la llegada del trabajador en carrera, y al segundo, se le puede dar por terminado el encargo porque está sujeto a prorroga.

Explicó que, hubo una fuerte tensión entre el accionante como directivo del sindicato y la demandada que pudo generar discriminación; que la justa causa se tenía que invocar para efectuar la desmejora; que en el Convenio 135 se establece que, los representantes de los trabajadores deben gozar de la protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, frente a lo que la Conferencia Internacional del Trabajo expidió la Recomendación 143 de 1971, en la que se establece la posibilidad de un procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; y que en la Convención Americana de Derechos Humanos se establece la posibilidad de desmejora, pero siempre y cuando esté debidamente justificada, y sometida al dictamen de un organismo independiente como el Juez del Trabajo.

Finalmente manifestó que, las condiciones para nombrar a una persona en encargo para el 09 de julio de 2019 no estaba dada, ya que, no se había cumplido el plazo fijo, pues hasta ese día estaba el encargo y la vacante iniciaba el 10 de julio del mismo año; que si bien se hace alusión a sentencias de la Corte Suprema de Justicia frente a la estabilidad laboral frente a trabajadores en contratos de trabajo a término fijo, se desconoce la postura de la sentencia SL2586-2020, donde se determinó que deben analizarse las causas que dio origen a la prestación, lo que se presenta en el *sub lite*; y que el sistema interamericano protege el derecho de asociación, siendo las decisiones de la Corte Interamericana de Derecho Humanos de obligatorio cumplimiento, en virtud del control de convencionalidad.

##### 5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

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

que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

### III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como problema jurídico por resolver el siguiente:

¿El ente demandado necesitaba permiso para no prorrogar el encargo del accionante, pese a que este gozaba de fuero sindical, y ello podría constituir una desmejora en sus condiciones salariales?

#### Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

#### **Desmejora en materia de fuero sindical- empleado público**

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que no fue materia de controversia la vinculación laboral existente entre las partes, por demás que está se encuentra acreditada con el nombramiento, posesión, certificación, encargo, y prorroga de éste, visibles a folios 34 a 38, y 59 a 64, donde se da cuenta que el accionante desempeña al servicio de la demandada, el cargo de Procurador Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social desde el 02 de septiembre de 2016, siendo nombrado en encargo el 09 de julio de 2018, como Procurador Judicial II, cargo que desempeñó hasta el 08 de julio de 2019 por decisión del Procurador General de la Nación según oficio interno de folio 150.

Ahora, el artículo 1 del Decreto 204 de 1957, que modificó el artículo 405 del CST, define el fuero sindical como la garantía que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, desmejorados en sus condiciones de trabajo, o trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo. De esta manera, es claro que si el despido, la desmejora, o el traslado se producen sin previa calificación judicial, el trabajador tiene derecho al reintegro o a la reinstalación, y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir a título de indemnización.

Igualmente, la figura del fuero sindical está instituida para proteger el derecho de asociación, brinda estabilidad especial a ciertos trabajadores, y tiene por finalidad, que se funden nuevos sindicatos, o defender la existencia o supervivencia de los ya constituidos, por lo que su propósito, más que proteger el interés personal del trabajador aforado, es el de garantizar el derecho de asociación sindical en su conjunto, de tal suerte que para despedir, desmejorar o trasladar a un trabajador aforado, el empleador debe adelantar un proceso especial con miras a obtener el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2019-00607 -02

Demandante: PEDRO ALIRIO QUINTERO SANDOVAL

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

permiso judicial correspondiente, con fundamento en la existencia de una justa causa.

En tal sentido, el fuero sindical se refiere a una protección especial, justificada por el desarrollo de una actividad que escapa de lo común, esto es, la de dirigente sindical, en la que se asume la representación de trabajadores para la defensa de intereses comunes, escenario que lo coloca en ocasiones en situación de enfrentamiento con su empleador. Es por ello por lo que, la protección foral es de vital importancia para el ordenamiento jurídico no sólo desde su órbita legal, sino también constitucional e inclusive, convencional, motivo por el cual el artículo 39 constitucional establece en su inciso 4°:

*“Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”.*

En igual sentido, la OIT como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

*“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.*

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

*“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.*

*“Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*

a) *Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.*

b) *Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.*

Al punto se aclara, que dichos convenios son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no puede ser desconocido por ningún país

332

miembro de la OIT, lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, SL2543-2020, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la OIT, y que por ende tienen carácter prevalente.

En la misma línea, es menester esclarecer que el Convenio 135 de la OIT no ha sido ratificado por el Estado Colombiano, y por en ende de conformidad con las directrices de los artículos 53 y 93 constitucional, no pueden considerarse como parte del bloque de constitucionalidad, pues de la lectura de dicha norma así como de la interpretación efectuada por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-555 de 2014, solamente hacen parte de tal bloque los convenios ratificados, siempre y cuando se refirieran a materias de derechos humanos que no pueden ser suspendidos en estados de excepción. En consecuencia, el Convenio 135 tan solo puede ser visto como fuente supletoria en virtud de lo definido en el artículo 19 del CST y la sentencia C-401 de 2005.

En lo atinente a las Recomendaciones por regla general y por su naturaleza recogen directrices que pueden llegar a orientar la política y las acciones nacionales, pero no son instrumentos que obliguen a los Estados, motivo por el cual no integran el bloque de constitucionalidad, más aún si se tiene en cuenta que no son convenios ni tratados ratificados por el Congreso, y no surtieron el procedimiento constitucional establecido para un convenio, requisito que es inequívoco para que un instrumento internacional haga parte del bloque.

Sin embargo, por excepción se ha aceptado su carácter vinculante cuando son adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT, aunque el gobierno conserva un margen para adoptar las medidas que mejor cumplan con estas dependiendo de lo que disponga la misma Recomendación, lo que varía según el grado de especificidad de la recomendación y si ésta prevé alternativas de acción. (consultar sentencias SU-552 de 2014 y SL2543-2020).

Así, y dado que la recomendación que se solicita aplicar es la Recomendación 143 que en su artículo 1º dispone que, *"se podrá dar efecto a la presente Recomendación mediante la legislación nacional, los contratos colectivos o en cualquier otra forma compatible con la práctica nacional"*, es claro que si bien a través de ésta la OIT establece unas directrices, dejó en manos de los Estados el desarrollo de una legislación sobre la materia, por demás que consideró que podían pactarse tales condiciones en contratos colectivos o en cualquier otra forma compatible con la práctica nacional, lo que no sucedió en el caso, por manera que, su aplicación está supeditada a lo establecido en la legislación nacional sobre el asunto.

Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que: *"Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2019-00607 -02

Demandante: PEDRO ALIRIO QUINTERO SANDOVAL

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

*Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (sic) a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."*

Aclarado lo anterior, y la connotación que el fuero sindical tiene a nivel constitucional e internacional, procede la Sala a determinar la calidad de aforado del accionante, para lo cual la Sala se remite al artículo 118 del CPT y de la SS, donde se establece que es dable presumir tal condición con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección. Al punto, encontramos que el 05 de mayo de 2017 se constituyó el Sindicato de Procuradores Judiciales- PROCURAR, nombrándose al accionante como miembro de la junta directiva principal, siendo elegido el 09 de mayo de 2017 como Presidente, actuación que fue objeto de registro ante el Ministerio de Trabajo, y debidamente comunicado al Procurador General de la Nación (fls. 39 a 57).

Por ende, es posible determinar en virtud de lo establecido en el artículo 406 del CST, esto es, que están amparados por fuero sindical los miembros de la junta directiva de todo sindicato, que el actor se encuentra amparado por fuero sindical, aunado a que desde la Ley 50 de 1990 se estableció la posibilidad de que un empleado público goce de tal figura, respecto a lo que la sentencia C-201 de 2002 señaló que no era posible hacer distinción entre trabajadores particulares y públicos, de modo que, se procederá a verificar si la terminación de su encargo como Procurador Judicial II, constituye desmejora y si la misma se encuentra justificada.

Bien, el fundamento que señala la *A quo* para determinar la existencia de una desmejora y su justificación, son los artículos 185 y 188 del Decreto 262 de 2000, normatividad de carácter especial atinente a la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, en las que se establece:

*"ARTÍCULO 185. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.*

*Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.*

*El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2019-00607 -02

Demandante: PEDRO ALIRIO QUINTERO SANDOVAL

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

*El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.*

*Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.*

*Parágrafo. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1º de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000". (Negrillas y Subrayado por la Sala).*

*"ARTÍCULO 188. Duración del encargo y del nombramiento provisional. El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses. El término respectivo podrá prorrogarse por un período igual.*

*Si vencida la prórroga no ha culminado el proceso de selección, el término de duración del encargo y de la provisionalidad podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección.*

*Cuando la vacancia sea el resultado de ascenso que implique período de prueba, el encargo o el nombramiento provisional podrán extenderse por el tiempo necesario para determinar la superación del mismo.*

*Parágrafo. Por razones del servicio el Procurador General de la Nación podrá desvincular a un servidor nombrado en provisionalidad o dar por terminado el encargo, aún antes del vencimiento del término establecido en el presente artículo".*

De esta manera, debe enunciarse que la lectura de la norma, tal y como lo estableció la juez de primera instancia, pone de manifiesto una discrecionalidad en cabeza del Procurador General de la Nación, en el entendido que podrá nombrar ante la vacancia definitiva de un cargo a un empleado en encargo o en provisionalidad. Aunado a ello, frente a tales artículos se presentó demanda por inconstitucionalidad, con fundamento en el artículo 125 constitucional que establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que el constituyente lo que quiso fue que todos los cargos de carrera administrativa que quedaran vacantes fueran llenados mediante concurso público en igualdad de condiciones para todas las personas, lo que no es posible con normas que permiten el nombramiento en provisionalidad.

Sobre el tópico, la H. Corte Constitucional a través de la sentencia C-077 de 2004, dio respuesta a las anteriores replicas, declarando su exequibilidad, y señalando que si bien la regla general en los empleos en los órganos y entidades del Estado es que los cargos vacantes temporal o definitivos sea a través de la carrera, también lo es que se faculta al legislador para que fije la forma de provisión de aquellos, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; que el artículo 279 constitucional señala que ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, así

como le brinda la posibilidad de regular lo atinente al ingreso, concurso de méritos, retiro del servicio, inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y el régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados del organismo; y que la necesidad de provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se hace la provisión definitiva, se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante el encargo a empleados de carrera.

De esta manera, es claro que el máximo órgano de la jurisdicción constitucional avala que sea el legislador quien determine la forma de provisión de los cargos que se encuentran en vacancia, y que el encargo sea de seis meses siendo facultad del Procurador General de la Nación prorrogarlo por seis meses más o inclusive extenderlo hasta que culmine el proceso de selección del personal en carrera, situación que puede finiquitar por razones del servicio. Por tanto, no es posible considerar al confrontarse las normas que integran el bloque de legalidad con las de la constitución y/o del bloque de constitucionalidad, que se está dando prioridad a las primeras, pues lo cierto es que, estas no riñen con los parámetros establecidos por la Constitución, bajo el entendido realizado por la H. Corte Constitucional.

De otro lado, encontramos que la parte actora sustenta su demanda en que la terminación del encargo fue consecuencia de las represalias que en su contra tomó la Procuraduría General de la Nación, por las actividades que desplegó como dirigente sindical, respecto a lo que es necesario tener presente que el inciso 2° del artículo 158 del Decreto 252 de 2000 faculta al Procurador General de la Nación a prorrogar el encargo “hasta” que culmine el proceso de selección. Igualmente, y en gracia de discusión el parágrafo del artículo 158 *ejusdem* es categórico al afirmar que dicha desvinculación se concibe por razones del servicio, por lo que, una actuación desplegada por la administración ajena a tal móvil debe estar debidamente acreditado. Al punto, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección, mediante pronunciamientos del 17 de abril y 02 de mayo de 2013, Rads. 23001-23-31-000-2010-00050-01 (2663-11), y 20001-23-31-000-2010-00047-01(2458-12) señaló:

*“En primer lugar, en cuanto a la desviación de poder resulta pertinente anotar que se trata del vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto perseguido por el mismo, configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas que debe someterse.*

*En cuanto a la configuración de ésta causal de nulidad, por los señalados móviles, ninguna prueba fue allegada por el apoderado, que diera cuenta de la configuración del vicio mencionado, siendo sólo las aserciones del apelante las que dan cuenta de la*

*mencionada afectación, las que por demás valga señalar no se concretan tampoco en ninguna actuación u omisión del nominador, abordando el tema sólo de manera genérica"*

Conforme a ello, la Sala se remite al acervo probatorio recolectado, no obstante, de éstos no se acredita la intención del nominador en orden a proferir un acto administrativo con fines distintos al del buen servicio público, pues si bien se observa que el accionante desarrolló sus actividades como Procurador Judicial II con puntajes más que sobresalientes, según calificaciones visibles a folios 128 a 148, lo cierto es que, de las pruebas no se puede colegir más que suposiciones o supuestos en cuanto a que la terminación de su encargo fue consecuencia de las actividades que desplegó como directivo sindical.

En efecto, al juicio fueron arrimados comunicados a la opinión pública, en los que se ponen de presente irregularidades dentro de la Procuraduría General de la Nación, en especial con el manejo de la carrera administrativa, la forma de proveer los cargos, y su misión disciplinaria; asimismo, se allegaron las actas de las diferentes reuniones que se llevaron a cabo en relación con la negociación del pliego de solicitudes, de la que fue participe el accionante como representante de la organización sindical PROCURAR, así como demandas de nulidad electoral y el audio de la entrevista que el accionante concedió a Colmundo Radio. Sin embargo, no se encuentra acreditado el nexo causal entre las anteriores actuaciones y la desvinculación del actor, pues los testigos basaron su dicho en suposiciones o supuestos, por demás que fueron poco específicos frente al malestar que la gestión sindical que el accionante generó.

Ciertamente, comparecieron a rendir testimonio María Cristina Muñoz Arboleda, y Shirley Geovanna Ardila Muñoz, testigos que además de manifestar que eran integrantes de la organización sindical PROCURAR, de donde el actor es Presidente, expusieron que con él a la cabeza iniciaron diferentes demandas de nulidad electoral en defensa del mérito, se elevaron tutelas, se efectuaron comunicados, se concedió una entrevista a una emisora de radio, y negociaron un pliego de solicitudes, lo que entendieron según sus dichos, cayó mal en la administración, generó un requerimiento por un funcionario de la Procuraduría Helman Rodríguez, y fue lo que generó la no prórroga del encargo del actor como retaliación, manifestaciones que sin más resultan insuficientes para fijar que el actuar de la administración fue arbitrario, como quiera carecen de un nivel de certeza, y convicción, pues parte de un parecer, una opinión, que al no tener una evidencia adicional no permite concluir que el actuar de la administración fue una represalia contra el acto. Además, frente al requerimiento de Helman Rodríguez nada se dice de cómo les constó esa situación, y dijeron que no conocieron otro tipo de retaliación contra el demandante por tal situación.

Al mismo tenor, los citados testigos expusieron que, a los trabajadores de la Procuraduría que estaban en encargo normalmente se les prorrogaban, e inclusive que habían perdurado en tales condiciones durante un tiempo prolongado, manifestación que guarda coherencia con la respuesta a la solicitud de folios 149 a

195. Empero, el arrimo de estas probanzas también es insuficiente para determinar que la finalización del encargo fue en consideración a su calidad de dirigente sindical, ya que, de ellas no se desprende una respuesta al porqué la decisión del empleador fue ajena a razones del servicio.

Del mismo modo, del testimonio de Rafael Andrés López, tampoco se logra colegir el citado nexo causal, como quiera que, no hace parte de PROCURAR, y si bien señaló que fue representante de la organización sindical SINTRAPROA y que en tal condición conoció al trabajo y los enfrentamientos del actor dentro del ámbito de la negociación del pliego que se elevó a la Procuraduría General de la Nación, también es cierto que, expuso que no sabía si al actor le había traído consecuencias negativas tal actuar, suponiendo que le habían quitado su encargo por tal situación.

Así las cosas, se encuentra que el encargo fue terminado de conformidad con lo que establece la legislación, que a su vez se encuentra acorde con la Constitución, por lo que, no es dable establecer que era necesario levantar el fuero sindical del accionante para finiquitar su encargo, ya que, se soporta en una causa legal de terminación como es la expiración del encargo y la facultad del Procurador General de la Nación de no darle continuación al mismo por razones del servicio; y no está acreditado que la terminación del encargo fue una represalia por las actividades que el actor desplegó como dirigente sindical.

Aunado a ello, no sobra recordar que el derecho del fuero sindical no es absoluto, y es tan así que en ocasiones no requiere calificación judicial para su levantamiento, como cuando se finaliza una obra contratada, se ejecuta un trabajo accidental, ocasional o transitorio, y existe mutuo consentimiento, según lo dispuesto en el artículo 411 del CST; escenario en el que es posible enmarcar el encargo, pues por su naturaleza tiene características temporales, según se desprende de los artículos 185 y 188 del Decreto 252 de 2000 en consonancia con el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Así mismo, es menester dilucidar que, su asimilación con la estabilidad laboral reforzada otorgada a los trabajadores en situación de discapacidad con contrato a término fijo, a través de la sentencia SL2586-2020, resulta intemperante, pues se está frente a dos fueros de naturaleza distinta.

Lo expuesto, por cuanto si bien no se desconoce que la sentencia en estudio establece que existen causas legales de terminación en las que el componente subjetivo se encuentra presente, en la medida que, las partes tienen la facultad o voluntad de terminarlo o prorrogarlo; que es deber del interprete judicial buscar una solución respetuosa de los derechos de los trabajadores en el contexto de los contratos a término fijo, pues esta modalidad no es una coraza compacta y hermética que impida la vigencia de los derechos fundamentales en su interior; y que el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades

contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada; también lo es que, en el caso del fuero sindical la normatividad sustantiva laboral tiene un articulado concreto y especial que establece la posibilidad de no calificar judicialmente el levantamiento del fuero cuando se está frente a una labor que es accidental, ocasional o transitoria, situación que se entiende está supeditada a su temporalidad.

En tales condiciones, se reitera es intemperante la analogía que se realiza frente a tal situación, más aún si se tiene en cuenta que, la terminación del encargo, de conformidad con el Decreto 262 de 2000, es una facultad del nominador, en las condiciones expuestas a lo largo de esta providencia.

Corolario de lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada.

#### IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte actora.

#### V. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia.

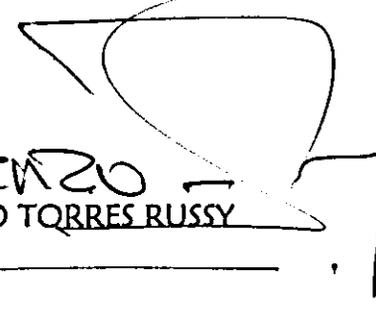
SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,

  
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ

  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

  
LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2019-00607 -02

Demandante: PEDRO ALIRIO QUINTERO SANDOVAL

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de 1.000.000 = a cargo de la parte actora.

  
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ  
Magistrada Sustanciadora