



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 21-2019-00312-01**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: LEONARDO CASTRO LEON**  
**DEMANDADO: JAIME HURTADO como propietario del establecimiento de comercio MOTOR GUTIER S**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACION**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 73 a 76), así como del demandado (fls. 69 a 70) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor LEONARDO CASTRO LEON instauró demanda ordinaria laboral contra de JAIME HURTADO, debidamente sustentada como aparece a folios 18 y 19 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

#### **PRETENSIONES PRINCIPALES:**

1. Que entre el señor LEONARDO CASTRO LEON, propietario del establecimiento de comercio MOTOR GUTIER S y el señor LEONARDO CASTRO LEON existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 1 de febrero de 1998 al 28 de febrero de 2015.
2. Que el contrato laboral se dio por terminado sin justa causa por parte del empleador JAIME HURTADO.
3. Que como consecuencia de lo anterior, ordenar el reconocimiento y pago por parte del demandado JAIME HURTADO, propietario del establecimiento de comercio MOTOR GUTIER S, de la pensión sanción al actor, en el momento en que cumpla el requisito de edad, 55 años de edad con base en el promedio devengado en los últimos 10 años de servicio actualizado a su fecha de cumplimiento.
4. Indexación de las condenas.
5. Costas procesales.

#### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

1. Que el demandado JAIME HURTADO pague al fondo de pensiones Colpensiones, los aportes dejados de pagar desde el mes de mayo de 1999, hasta la terminación sin justa causa del contrato de trabajo el día 28 de febrero de 2015.
2. En consecuencia, pagar los intereses de mora en el pago de los aportes al fondo de pensiones Colpensiones.

La parte demandada, contestó la demanda (fls. 35 a 40), de acuerdo al auto visible a folio 54. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de octubre de 2020, **DECLARÓ PROBADA** las excepciones de **COBRO DE LO NO DEBIDO** e **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**. **NEGÓ** las pretensiones de la demanda instauradas en contra del señor JAIME HURTADO propietario del

establecimiento de comercio MOTOR GUTIER S. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

**EXISTENCIA CONTRATO DE TRABAJO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda teniendo en cuenta que el Juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta la apreciación conjunta de todas las pruebas para que se indicara la existencia de un contrato de trabajo, los testimonios allegados al presente asunto dan cuenta que el demandante presentaba una labor de manera personal de manera constante, esto es, de lunes a sábado, indicaron incluso un horario, de 7 AM a 6 PM, incluso que podía extenderse este horario, indicaron además el lugar de trabajo, el tiempo aproximado que duró trabajando en dicho establecimiento de comercio de propiedad del señor JAIME HURTADO, el cual es el único que figuraba en Cámara de Comercio y en el RUNT, no aportaron una prueba contrario a que hubiesen conformado una sociedad de hecho, pues cuando se le preguntaba, tutodiaba y no tenía la certeza de cómo fue esa creación de esa sociedad. El demandado en ningún momento cuales fueron la condiciones para crear una sociedad de hecho, entendiendo que la sociedad de hecho se crea con la voluntad de las partes, no solo con el decir. En el presente asunto no se tuvo en cuenta la primacía de la realidad sobre la formalidad, pues la sociedad de hecho y la liquidación de ésta presunta sociedad de hecho se tuvo por idea por el demandado, para poder liquidar al señor LEONARDO CASTRO, es así que para no ver desmejorado sus intereses y prestaciones por mas de 20 años, accedió para que firmara éste documento ante Notaría para que le acreditaran sus prestaciones, aquí lo que se está solicitando es el reconocimiento de la pensión sanción por haber trabajado por mas de 20 años para el demandado, dándole un servicio constante, personalizado y remunerado, que no tiene actualmente ningún beneficio de pensión, por lo que debe primar la realidad, sobre la formalidad. Se tiene en cuenta el testimonio de la parte demandada, el cual labora para el demandado desde el año 1996, y si bien tienen relaciones comerciales, lo cierto es que los aportes a pensión da cuenta conforme el reporte de semanas cotizadas y a

la Caja de Compensación Familiar, resaltando que nadie va a afiliarse a otra por un simple favor, lo es porque tuvieron una relación laboral, nadie va a certificar por hacer un simple favor.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1 de febrero de 1998 al 28 de febrero de 2015. **2.** En el evento en que sea afirmativo, si tiene derecho a que el demandado le reconozca pensión sanción, por haber terminado la relación laboral sin justa causa.

### DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se

diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real" en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal" o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, el señor LEONARDO CASTRO alega que prestó sus servicios para el accionado en una única relación laboral desde el 1 de febrero de 1998 hasta el 28 de febrero de 2015, dando por finalizada la relación laboral el señor JAIME HURTADO de forma unilateral y sin justa causa.

El demandado por su parte, niega la existencia de la relación laboral, y en su lugar, afirma que la única relación que ató a las partes era una sociedad de hecho que conformaron desde el 28 de febrero de 1995, y por lo tanto el demandante nunca fue trabajador del demandado, sino que fungió como socio del accionado.

Como sustento de lo anterior, la parte demandante allegó reporte de historia laboral actualizado al 13 de junio de 2017, en donde se reflejan cotizaciones para los ciclos de 1 de mayo de 1998 al 30 de abril de 1995 bajo el nombre de JAIME HURTADO (fl. 10), así mismo certificación de afiliación a la Caja de Compensación Familiar Colsubsidio a través de la empresa "JAIME HURTADO" desde el 26 de julio de 1998 al 26 de enero de 2001 (fl. 11).

Por su parte, el señor JAIME HURTADO aportó sendas declaraciones extra proceso, la primera realizada por el mismo demandado del 3 de marzo de 2015 ante la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, en el que indicó que conformó una sociedad de hecho con el señor LEONARDO CASTRO desde el 28 de enero de 1995, con domicilio en ésta ciudad, y cuyo objeto principal se ha constituido en la reparación de vehículos automotriz, indistintamente del lugar de realización de la actividad comercial relacionada, al tenor de lo establecido en el artículo 505 del Código de Comercio, que el capital para la época era de \$300.000 aportados por el socio LEONARDO CASTRO y \$300.000 por JAIME HURTADO, que la administración y representación de la sociedad era desarrollada por ambos socios en forma indistinta, que la sociedad no tiene bienes muebles ni inmuebles en la misma, que la sociedad no tiene pasivos civiles ni laborales a la fecha (fl. 42).

Así mismo, a folio 43 declaración extra proceso, rendida el 3 de marzo de 2015 por el señor LEONARDO CASTRO ante la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, en el que indicó que conformó una sociedad de hecho con el señor JAIME HURTADO desde

el 28 de enero de 1995, con domicilio en ésta ciudad, y cuyo objeto principal se ha constituido en la reparación de vehículos automotriz, indistintamente del lugar de realización de la actividad comercial relacionada, al tenor de lo establecido en el artículo 505 del Código de Comercio, que el capital para la época era de \$300.000 aportados por el socio LEONARDO CASTRO y \$300.000 por JAIME HURTADO, que la administración y representación de la sociedad era desarrollada por ambos socios en forma indistinta, que la sociedad no tiene bienes muebles ni inmuebles en la misma, que la sociedad no tiene pasivos civiles ni laborales a la fecha.

A folios 44 a 47 reposa Convenio de disolución y liquidación bilateral de sociedad de hecho realizada entre los señores LEONARDO CASTRO y JAIME HURTADO, del 4 de marzo de 2015; que por común acuerdo, los socios deciden disolver la sociedad de hecho y liquidar la misma a partir de la fecha de celebración del presente convenio, que la cláusula quinta dispone:

*“QUINTO: (ADJUDICACIONES)*

- 1. Al socio LEONARDO CASTRO se le adjudica la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$75.000.000), según la liquidación siguiente:
  - a) La suma de \$50.000.000 como devolución de su parte de capital social;*
  - b) La suma de \$25.000.000 imputada a utilidades.**
- 2. Al socio JAIME HURTADO se le adjudica la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$75.000.000), según la liquidación siguiente:
  - a) La suma de \$50.000.000 como devolución de su parte de capital social;*
  - b) La suma de \$25.000.000 imputada a utilidades.**
- 3. Las sumas de dinero imputadas para los adjudicatarios individualmente, se establecieron de común acuerdo entre las partes.*
- 4. Los importes han sido recibidos por los socios LEONARDO CASTRO y JAIME HURTADO con anterioridad, sirviendo la presente de suficiente recibo.”*

Se estableció además en la cláusula sexta del convenio referido que la liquidación efectuada y acordada mediante la presente acta, constituye el balance definitivo de la terminación del vínculo social y la manifestación escrita de las partes de encontrarse a paz y salvo, por cualquier concepto. Así mismo, que con el íntegro pago de las sumas mencionadas en la cláusula tercera las partes no tendrán nada que reclamarse, y finalmente que los socios quedan liberados desde el presente

acto para realizar por cuenta propia o ajena cualesquier actividades e inclusive aquellas que impliquen una competencia con la sociedad, pudiendo a su vez individualmente celebrar contratos con ella, en similares condiciones que la sociedad hubiere podido contratar con terceros y siempre que esos actos fueren en cumplimiento de la liquidación aquí convenida (fls. 44 a 46).

Se practicó el **interrogatorio de parte** al señor JAIME HURTADO, quien manifestó ser el propietario del establecimiento de comercio MOTOR GUTIER S, que conoce al actor desde el año 1988 aproximadamente, que el demandante no trabajó en MOTOR GUTIER S, y que afilió al demandante a Seguridad Social por un año porque éste iba a sacar un apartamento, que crearon una sociedad con el demandante en el año 1995, pero fue liquidada en el año 2010. Que crearon una sociedad verbalmente, que el objeto de la creación de esa sociedad fue porque estaba en una crisis, para repartir utilidades semanalmente, que el demandante no efectuó actividad alguna. De la declaración del demandado no se avizora confesión alguna respecto de la prestación personal del actor en el establecimiento de comercio MOTOR GUTIER S, por el contrario, su declaración se limitó a indicar que el demandante se limitó a prestar de servicios.

Se recibió el testimonio del señor **JORGE FRANCISCO RUIZ ANGARITA**, quien indicó que conoce al demandante hace mas de 25 años pues ha sido su mecánico; que el actor tenía un horario de trabajo de 10 a 14 horas. Que el demandante estaba dedicado al taller, a realizar mantenimiento de los motores en el establecimiento del demandado. Igualmente, manifestó que la situación del demandante era desventajosa, pues los clientes que iban al establecimiento de comercio MOTOR GUTIER acudían al demandante como un mecánico, y éste hacía todo tipo de trabajo. Que tiene conocimiento que el demandado es el dueño del establecimiento de comercio, porque tenía su oficina en el segundo piso y que era el empleador del demandante. Que el actor ingresaba a laborar a las 7 de la mañana hasta las 6 de la tarde, porque cuando dejaba el carro al taller no lo dejaba, sino que se quedaba hasta que realizara el arreglo. Que iba regularmente al taller porque tiene varios carros. Que el demandado siempre le daba un trato descortés al actor, pero no tenía conocimiento si entre las partes existía una sociedad.

Por otro lado, el señor **HUMBERTO CÁRDENAS RODRÍGUEZ** manifestó que conoció al demandante hace mas de 25 años, desde el año 1995 cuando mandó a arreglar su carro en un taller ubicado en la calle 72 con 19 en un taller llamado GUTIER, que el taller era de propiedad del demandado, que el actor laboró hasta el

año 2015, y que trabajaba con la herramienta del taller. Que desconoce la fecha exacta en que dejó de ver al demandante en el taller. Que al demandante le pagaban con porcentajes, pues cuando iba los fines de semana, escuchaba que se hablaban entre los mecánicos si les iba bien o mal, y por lo tanto que pagaban de forma semanal. Que el demandante ingresaba a las 8 de la mañana hasta las 6 de la tarde de lunes a sábado. Que presenció las órdenes que le daba el demandado al actor referente a los arreglos de los carros.

Finalmente, el señor **RONALD FABIAN NIEVES PATIÑO** indicó ser el yerno del demandado desde hace 18 años, que trabajó en el taller desde el año 1996, relató que el señor LEONARDO CASTRO y el señor JAIME HURTADO lo contrataron como mensajero, y que recibía órdenes de los dos, que desde el año 1996 no vio al actor prestando servicios de mecánica y que el fin de semana se reunían para cuadrar cuentas.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar que la Sala comparte la decisión de primera instancia, por cuanto no es posible dentro del presente asunto dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo a favor de la demandante, pues las pruebas arrimadas al plenario no logran demostrar de manera fehaciente la prestación del servicio del actor para con el demandado, en tanto vale la pena resaltar las imprecisiones efectuadas entre la demanda y los testigos, pues mientras que en la demanda indica el actor que la relación laboral comenzó el 1 de febrero de 1998 (Hecho tercero – folio 16), el señor JORGE FRANCISCO RUIZ ANGARITA manifestó inicialmente que el demandante fue su mecánico desde el año 2005, sin embargo, luego cambió su versión porque su esposa le había recordado que había sido su mecánico desde el año 1995, siendo contaminado su dicho. Por su parte, el señor HUMBERTO CÁRDENAS RODRÍGUEZ indicó que el actor fue su mecánico desde el año 1995, esto es hace mas de 25 años aproximadamente, sin que se pueda determinar un extremo inicial con exactitud, pues de lo anterior se encuentra en discordia el extremo inicial mencionado.

Lo mismo ocurre con el salario devengado por el actor, pues mientras que en la demanda señala unos salarios especiales para cada anualidad, lo cierto es que uno de los testigos señala que el actor devengaba un salario por porcentajes, incluso afirmó que cada fin de semana se reunían para verificar si les iba bien o mal.

Aunado lo anterior, el señor RONALD FABIAN NIEVES PATIÑO indicó que tanto el demandante, como el demandado le daban órdenes al testigo, pues había sido contratado como mensajero para el taller.

En ese orden de ideas, si bien los testigos JORGE FRANCISCO RUIZ ANGARITA y HUMBERTO CÁRDENAS RODRÍGUEZ indicaron que les constaban las circunstancias manifestadas, lo cierto es que asistían al taller un par de días al mes cuando sus carros requerían de arreglos específicos en el taller, pero tal situación no genera una visión de manera constante y continua, pues no frecuentaban el taller diariamente, sino con una frecuencia que conocían al demandante, pero no de manera permanente y diaria a efectos de verificar la verdadera relación que ató a las partes.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el mismo demandante declaró bajo la gravedad de juramento que conformó una sociedad de hecho con el señor JAIME HURTADO desde el 28 de febrero de 1995, conforme documental visible a folio 43 del plenario, situación que puede colegirse con la disolución y liquidación de la sociedad de hecho conformada entre las partes el 4 de marzo de 2015 (fls. 44 a 47), lo cual se puede acreditar que el señor LEONARDO CASTRO fungió como socio del señor JAIME HURTADO, y que la sociedad conformada fue disuelta y liquidada el 4 de marzo de 2015, conforme documentos señalados, y que aunque en los hechos de la demanda indica que nunca existió dicha sociedad y que se usó para liquidar al actor, lo cierto es que dentro del presente asunto el demandante no puso de presente hechos que invalidaran la suscripción de dicha acta de disolución y liquidación, que viciara su consentimiento.

En lo que respecta al reporte de historia laboral allegado, así como certificación de vinculación a una Caja de Compensación aportada por la parte demandante, en el que se da cuenta que el demandado realizó aportes a pensión a favor del señor LEONARDO CASTRO, no puede desprenderse de la misma la prestación personal del servicio, así como tampoco los extremos temporales de una relación laboral, pues no es un elemento de convicción suficiente para tener certeza de la declaratoria de una relación laboral, máxime si se tiene en cuenta que la documental aportada tendiente a acreditar la conformación de la sociedad de hecho entre las partes da cuenta de una realidad diferente a la que quiere hacer ver el actor, sin que sea posible desconocer la declaración que bajo juramento realizada por el mismo señor LEONARDO CASTRO.

En suma, debe reiterarse que le corresponde a la parte demandante al menos probar la prestación personal del servicio, para que en su favor opere la presunción antes referida, situación que a todas luces no logró acreditar la parte demandante.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada no solo con la prestación del servicio, sino con la temporalidad del vínculo jurídico que ató a las partes, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo que aduce en la demanda, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

En consecuencia, habrá de **CONFIRMARSE** en su integridad la sentencia apelada.

#### **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fijense como agencias en derecho la suma de \$150.000 y a favor de la parte demandada ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$150.000; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

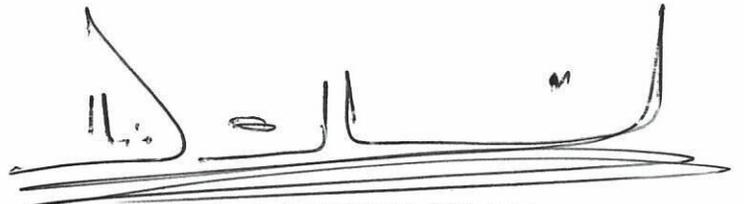
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502120190031201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502120190031201)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502120190031201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 26-2019-00384-01**

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO CORREDOR ESPITIA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA) //**  
**CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 313 a 314), así como de Colpensiones (folio 297 a 303) y Porvenir SA (fls. 317 a 322) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) MIGUEL ANTONIO CORREDOR ESPITIA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

- La nulidad de la afiliación del señor MIGUEL ANTONIO CORREDOR ESPITIA a la AFP Porvenir SA, realizada el 30 de noviembre de 2000, y a través de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por CAJANAL y el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual.
- Declarar válida y vigente la afiliación del señor MIGUEL ANTONIO CORREDOR ESPITIA al régimen de prima media con prestación definida por el ISS hoy Colpensiones,

**CONDENATORIAS:**

- A Colpensiones a recibir nuevamente al señor MIGUEL ANTONIO CORREDOR ESPITIA como afiliado cotizante.
- A Porvenir SA a liberar de sus bases de datos al señor MIGUEL ANTONIO CORREDOR ESPITIA, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MIGUEL ANTONIO CORREDOR ESPITIA, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo de sus cotizaciones a Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 147 a 153) y PORVENIR SA (fls. 160 a 285), de acuerdo al auto visible a folio 286. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

**SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de septiembre de 2020, **DECLARÓ INEFICAZ** el traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del mes de noviembre de

2000. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a transferir a Colpensiones, la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **CONDENÓ** a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. **DECLARÓ NO PROBADA** las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que, para el momento del traslado de régimen, el ordenamiento jurídico no determinaba una forma concreta de cómo la AFP debía brindar la información, como tampoco una obligación de documentar la asesoría, mas que el formulario de afiliación, sumado a que las asesorías se hacían de forma verbal, además solo consta el desarrollo legislativo y jurisprudencial que nacieron nuevas obligaciones, como lo es entregar cuadros comparativos, proyecciones pensionales, brindar el buen consejo, la doble asesoría, por lo anterior no tiene sentido exigir pruebas que soporten la asesoría brindada para el año 2000, pues la misma se hacía de manera verbal, tan solo se exigía la firma del formulario. Por lo tanto, no es posible exigir dichos requisitos probatorios en estos procesos con exigencias que nacieron con posterioridad de la afiliación del demandante, en conclusión, se está imponiendo a las AFP la carga de demostrar documentalmente la información brindada, lo cual es imposible, pues tan solo se cuenta con el formulario de afiliación, y este formulario cumplió con los presupuestos legales para su validez señalado en el Art. 11 del Decreto 692. Por lo esbozado, es menester respetar a la voluntad a las partes y darle el valor probatorio al formulario de afiliación, única prueba que demuestra el cumplimiento de asesoría, de los requisitos vigentes para dicho momento, con que se demuestra que la asesoría fue brindada, y que el traslado de régimen fue informado y la voluntad expresa del afiliado, sumado a que los afiliados son consumidores financieros y el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que había realizado, no se puede pasar por acto que todos los actos jurídicos del sistema pensional se encuentran en la Ley, y el desconocimiento de la Ley no es excusa, conforme el Art. 9 del C.C., pues

dicha falta de conocimiento no se puede invocar para fundamentar vicios del consentimiento, cuando las consecuencias del traslado, pues están claramente determinadas en la Ley. No se puede descargar totalmente el deber de informar en la AFP, pues tal y como lo dispone la norma, desvirtúa el principio de igualdad, y tal principio recae igualmente en el afiliado, quien es el conocedor de su situación particular y concreta, y sus expectativas, que son las que en últimas, permiten acceder a un mejor derecho pensional.

Adicional, el actor al realizar éste acto jurídico, se sometió a las condiciones del sistema pensional y las aceptó, es decir, esta aceptando el verse beneficiado o afectado, por lo tanto no puede endilgarse que la AFP falló en el deber de información, cuando si informó sobre las características del régimen y cumplió con su deber de información exigido para la época, es por ello que, aquí lo pretendido no es que la AFP no cumplió con su deber de información, sino la diferencia de los montos en los dos regímenes, situación que desdibuja las exigencias para la ineficacia de éste acto jurídico.

Ahora, en el caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita no se condene a la devolución de gastos de administración, así como a las sumas que ha pagado por concepto de primas en los seguros previsionales que esta obligada a contratar, por cuanto estas sumas por mandato legal una destinación específica que la AFP cumplió su cometido por el tiempo en el cual el demandante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual, de tal suerte que dichas sumas ya fueron debidamente invertidas, en la forma exigida por la Ley, y no se encuentran en poder de mi representada, por fueron destinadas a cubrir todos los gastos destinados a la correcta administración de los recursos del demandante, en este orden, no es procedente retornar el dinero que la AFP pagó por concepto de primas de los seguros previsionales, por cuanto ya no está en poder de la AFP, sino en poder de la Compañía Aseguradora que se contrató para la cobertura para financiar las prestaciones que por mandato legal, así lo requieran, el pago de estas sumas también su objetivo, en consecuencia se agotaron y por lo tanto se extinguieron.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad

administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) MIGUEL ANTONIO CORREDOR ESPITIA el día 30 de noviembre de 2000; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida (CAJANAL), solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 30 noviembre de 2000, efectivo a partir del 1º de enero de 2001 (fl. 187).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen

sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial** que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

**3-Finalmente**, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente el fondo demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 147 a 153) y PORVENIR SA (fls. 160 a 285). Colpensiones aportó: historia laboral del demandante actualizada al 4 de diciembre de 2019 y

expediente administrativo del demandante. PORVENIR SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos Porvenir SA, relación de aportes, sábana de bono pensional, formato de vinculación (2000), respuesta a derecho de petición, semanas cotizadas para la pensión, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de noviembre de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 30 de noviembre de 2000, el demandante tenía 350 semanas (fl. 259), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 31 de marzo de 1954 fl. 29) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2016, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado 1.258 semanas – fl. 259), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de

efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP PORVENIR SA.

Ahora bien, en lo que respecta a que la demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a CAJANAL, ha de traer a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó *“Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta*

*resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social.”*

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 30 de noviembre de 2000, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

#### **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2020 por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

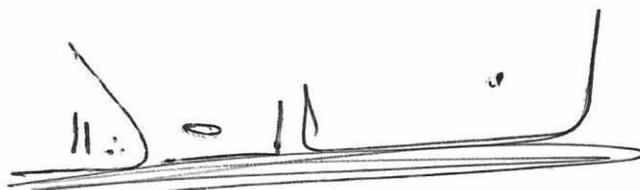
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502620190038401)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502620190038401)

*Aclaración*



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502620190038401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 03-2019-00088-01**

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: FABIOLA SAENZ BLANCO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y**  
**PORVENIR) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandada Colpensiones (folio 199 a 203) y Porvenir SA (fls. 195 y 196) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) FABIOLA SAEN BLANCO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 8 a 9 y 35 a 36 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARACIONES:**

- La nulidad de la vinculación de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO, realizada al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA.
- Que la AFP Porvenir SA debe ordenar el traslado de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO del RAIS, en virtud de la nulidad.
- Que la AFP Porvenir SA, debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales a Colpensiones que se hayan consignado en la cuenta pensional de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO.
- Que la AFP Porvenir SA, debe reembolsar de forma integral, los cobros y gastos de administración, descontados de los aportes pensionales de FABIOLA SAENZ BLANCO.
- Que Colpensiones debe aceptar la vinculación de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO en el régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- Que Colpensiones, como consecuencia de la nulidad, debe aceptar a la señora FABIOLA SAENZ BLANCO en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.
- Que la AFP Porvenir SA, debe reconocer y pagar a la señora FABIOLA SAENZ BLANCO la suma de 50 SMLMV, tal y como reza el Art. 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentaría contra el derecho pensional de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO, ya que no le proporcionaron una información completa a la medida de la asimetría que ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.
- Costas procesales.

**CONDENATORIAS:**

- A la AFP Porvenir para aceptar la nulidad de la vinculación, de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO.

- A Porvenir SA para que ésta ordene el retorno de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO del RAIS al RPM, en virtud de la nulidad.
- A la AFP Porvenir SA a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales a Colpensiones que se hayan consignado en la cuenta pensional de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO.
- A la AFP Porvenir SA a reembolsar de forma integral los cobros, gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO.
- A Colpensiones a que acepte el retorno de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO, al RPM, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devoluciones de cobros de administración.
- A Colpensiones, que como consecuencia de la nulidad, acepte a la señora FABIOLA SAENZ BLANCO en el sistema de prima media con prestación definida, como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.
- A la AFP Porvenir SA a reconocer y pagar a la señora FABIOLA SAENZ BLANCO la suma de 50 SMLMV tal como reza el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentaria contra el derecho pensional de la señora FABIOLA SAENZ BLANCO, ya que no le proporcionaron 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 materia de alta complejidad.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 162 a 170), así como PORVENIR (fls. 52 a 161), de acuerdo al auto visible a folio 185. Se oponen a las pretensiones del (a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 3° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de julio de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la demandante FABIOLA SAENZ BLANCO, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, realizado el 5 de diciembre de 1997, con efectividad a partir del 1° de febrero de 1998, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo

de la afiliación de la demandante FABIOLA SAENZ BLANCO por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones aceptar el traslado de los aportes que efectúe Porvenir SA, para que proceda a activar la afiliación de la demandante FABIOLA SAENZ BLANCO, como si nunca se hubiese trasladado del régimen prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas. **COSTAS** a cargo de la AFP PORVENIR SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que de las manifestaciones y consideraciones por el Juzgado, se da por demostrado, sin estarlo, que la demandante no fue informada ello a consideración que no se acreditó ningún tipo de documental o prueba alguna que se pruebe en efecto la asesoría dada a la demandante, de hecho se desconoce lo referido por el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, la cual es clara en establecer que cualquier persona que desee vincularse a cualquiera de los dos regímenes, debe dar una manifestación por escrito, y esta manifestación por escrito tenemos el formulario de vinculación que es el único documento que estaba establecido para el momento de la afiliación de la demandante y la creación de la Ley 100 de 1993, de hecho ésta situación es regulada por la Superintendencia Financiera, quien ordena el formato de vinculación de estas afiliaciones, conforme el Decreto 695 de 1994. De acuerdo a las consideraciones del Juzgado, quien trae a colación la sentencia SL31989 y se trae a colación un parte, que considera que no es aplicable al caso de la demandante, porque al analizar la sentencia en cita, pues trata de situaciones fácticas muy diferentes al caso bajo estudio, pues la sentencia que se trajo a colación, trataba de una persona que estaba a 6 meses de obtener un derecho pensional, luego era factible ese deber de información, pero es que estamos en frente de una persona que ya tiene un derecho consolidado, y de hecho fue trasladada al RAIS cuando ya tenía una prohibición legal, y cuando ya tenía una edad pensional, así que no

podemos aplicar una sentencia que no es similar al caso de la demandante. Aduce en las consideraciones de ésta sentencia, que el único documento que se tiene es el formulario de vinculación, aunque reitera que con ello se está vulnerando el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que no era el único documento que soporta la vinculación y conocimiento de la demandante, y al observar hay una falta de valoración de las pruebas, pues además del formulario de afiliación, reposa actualización de datos de la demandante de 2008, formulario de aportes voluntarios, y hacen referencia a la información dada a la demandante, nadie hace aportes voluntarios sin conocimiento alguno, y es claro que los aportes voluntarios van destinados a la pensión, en ese sentido se esta obligando a la AFP a lo imposible y que allegue documentales que no se exigían para la época, no es ninguna transgresión de norma alguna y de jurisprudencia y en su lugar se está dando aplicación directa a una sentencia que no es aplicable al caso en concreto, faltando a la seguridad jurídica, ya que para el momento en que se vinculó la demandante no se exigía nada mas que suscribir el formulario. Se dice que Porvenir, de acuerdo a las consideraciones de la sentencias, no se le dijo a la demandante cuales eran las ventajas ni desventajas del RAIS, sin embargo, la parte demandante es clara en hacer ver un desconocimiento y sin ningún esfuerzo probatorio pretende una nulidad de la afiliación, tan es así que los testigos que iba a traer no los trajo y era lo único que podía tener a su alcance para demostrar ese dicho de engaño que no fue probado en el proceso. De otro lado, téngase presente no se probó cuales fueron las desventajas de la demandante, así como tampoco beneficios que hubiera perdido la actora, por lo que tampoco era aplicable por este lado la jurisprudencia que refiere el Juzgado. Finalmente, señala que la demandante al solicitar el traslado le quedaba mas de 25 años para obtener el derecho pensional, y tenía tan solo 58,29 semanas, y 29 años de edad al 1 de abril de 1994, y por tanto no debería dar una aplicación automática de la jurisprudencia.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta en primera medida, si bien es cierto el Juzgado ha manifestado una línea jurisprudencial vertical, esto es, desde la sentencia hito desde el año 2018, lo cierto es que dicha jurisprudencia no son aplicables para el presente caso, porque imponen una serie de requisitos que se encontrarían en contravía por los preceptos señalados por la Corte Constitucional, ello por cuanto la misma Corporación ha indicado que existe un solo caso en el cual efectivamente pueda trasladarse en cualquiera de los regímenes pensionales, justamente obedeciendo a las características de la Corte

Constitucional, como garante de la Constitución Política del año 1991, que existe el principio de sostenibilidad financiera, circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por el Despacho. En el caso en que exista una controversia entre los criterios esbozados por las altas Cortes, la misma Corte Constitucional en sentencia C – 634 de 2011, ha dicho que en estos casos, siempre se deberá dar prevalencia a los pronunciamientos que emita el órgano Constitucional. Ahora bien, solicita se verifique las sentencias aplicadas, pues éste hace alusión a las sentencias de tutela, sin embargo, dichas sentencias de tutela no son aplicables al caso, por cuanto la finalidad de éstos pronunciamientos son inter partes, no puede darse de manera analógica o intentar dar un efecto erga omnes. En lo que tiene que ver con los medios probatorios, dista de los criterios esbozados por el Juzgado, toda vez que el Juzgado ha manifestado que la simple suscripción del formulario de afiliación *per se* no significa que le haya brindado una información suficiente y veraz a la demandante, lo cierto es que tampoco existe prueba siquiera sumaria para acreditar lo contrario, y en ese sentido, los testimonios de la parte demandante no llegaron y solamente puede aducir los documentos que obran con la demanda y su subsanación, por lo tanto no existe criterio alguno que pueda esclarecer las características, máxime cuando se observa con la demanda, es un copie y pegue y no nombra características especiales del caso en estudio, características por las cuales no se puede entender que existe una información o tampoco se puede entender que no lo hubo, dejando de lado el principio de buena fe. Por ultimo, en lo que tiene que ver con la valoración del formulario de afiliación, pues es la única prueba que puede dar a entender que existe un conocimiento acerca de la persona, pero no se puede, únicamente por las alusiones de los demandantes en esta clase de escritos de las demandadas, simplemente que no existió información, y bajo el criterio de la Corte Suprema de Justicia, bajo la inversión de la carga de la prueba no hacer ningún tipo de ejercicio para efectos de poder dar soporte a las características, y si bien existe un criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, el mismo deja a un tercero por fuera de la ecuación, cuando las mismas hacen referencia a las AFP y los demandados, pero nunca se menciona que sucede con Colpensiones o con la administradora del régimen de prima media, por ser la última de asumir las cargas prestacionales, y en consecuencia, un reconocimiento pensional.

No obstante la interposición del recurso de apelación, la sala también entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

## CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) FABIOLA SAENZ BLANCO el día 5 de diciembre de 1997; **2-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 5 de diciembre de 1997, con efectividad a partir del 1 de febrero de 1998 (fl. 72).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información

suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

**3-**Finalmente, ha de traer a colación las decenas sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 162 a 170), así como PORVENIR (fls. 52 a 161). Colpensiones no aportó ningún elemento probatorio. Porvenir SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, formulario de afiliación (1997), solicitud modificación de distribución, formulario de aportes voluntarios, estado de cuenta Fiduciaria Davivir, formulario cuentas y transacciones en moneda extranjera, resumen de historia laboral, relación de aportes, relación histórica de movimientos Porvenir SA, formulario de actualización de información de afiliados (2008), carta dirigida a la Corporación Universidad Libre ofreciendo el “Programa 11 años” de fecha 29 de octubre de 2010, detalle de afiliados estrategia 11 años, respuesta derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de diciembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 5 de diciembre de 1997, el demandante tenía 135 semanas (fl. 32), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 23 de agosto de 1964 de 1964, fl. 33) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, cumpliría 57 años de edad, en el año 2021 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1.189 semanas – fl. 32), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100

de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente

sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora FABIOLA SAENZ BLANCO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 5 de diciembre de 1997.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso al apelante COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas y en favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de julio de 2020 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

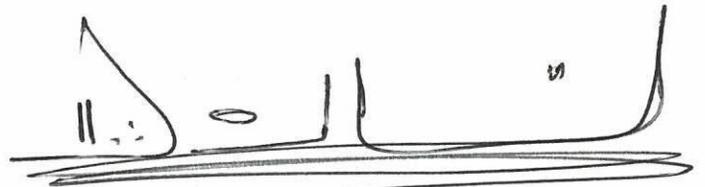
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500320190008801)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310500320190008801)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500320190008801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 33-2018-00543-01**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: YESID EDUARDO VEGA CAMACHO**  
**DEMANDADO: DAIMLER COLOMBIA SA**  
**ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada DAIMLER COLOMBIA SA (fls. 178 a 183) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de noviembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor YESID EDUARDO VEGA CAMACHO instauró demanda ordinaria laboral contra de DAIMLER COLOMBIA SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 a 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

#### **DECLARATIVAS:**

1. La existencia del contrato laboral a término indefinido suscrito entre DAIMLER COLOMBIA SA y el demandante, desde el 9 de septiembre de 2014 al 8 de septiembre de 2017.
2. Que la terminación del contrato laboral se realizó sin justa causa encontrándose su esposa sin trabajo y en estado de embarazo.
3. Que al actor no se le canceló la indemnización correspondiente por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo, conforme a lo prescrito en los artículos 239 y 240 del CST, aplicable para los padres trabajadores.
4. Que la empresa DAIMLER COLOMBIA SA violó lo normado en los artículos 39 y 40 del CST extendida a los hombres padres mediante sentencia C – 255 de 2017 de la Corte Constitucional.

#### **CONDENATORIAS:**

1. Al pago de la indemnización por despido injusto al señor YESID EDUARDO VEGA CAMACHO y encontrándose su esposa en estado de embarazo.
2. Al pago de la indemnización moratoria de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990.
3. Al pago de las prestaciones sociales que se causen.
4. Al pago por concepto de salud en la respectiva EPS.
5. Al pago por concepto de pensión al respectivo Fondo.
6. Al pago de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y liquidación de prestaciones sociales, conforme lo establece el Art. 65 del CST, modificado por la Ley 789 de 2002.
7. Al pago de las primas de servicios correspondientes al periodo de lactancia.
8. Al pago de las vacaciones a que tiene derecho al ex trabajador.
9. Costas procesales.

**DAIMLER COLOMBIA SA** contestó la demanda (fls. 62 a 84), de acuerdo al auto visible a folio 157. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 33° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 5 de junio de 2020, **ABSOLVIÓ** a la demandada DAIMLER COLOMBIA SA de las pretensiones incoadas en su contra, por parte del señor YESID EDUARDO VEGA CAMACHO. **DECLARÓ PROBADAS LAS EXCEPCIONES** planteadas por la parte demandada, en especial las de INEXISTENCIA DEL DERECHO y VALIDEZ DE ACUERDOS TRANSACCIONALES, frente a las pretensiones incoadas en su contra, por parte de YESID EDUARDO VEGA CAMACHO. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

## GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demanda, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado el demandante, tiene derecho al reconocimiento de los pagos de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CST y demás prestaciones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que la relación laboral se dio por terminada por causas imputables al empleador, y si es válida la transacción suscrita entre las partes y el consentimiento del demandante al suscribir dicho acuerdo.

### EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Observa la Sala que no fue objeto de discusión la existencia de un vínculo laboral que ató a las partes, mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término

indefinido por el periodo comprendido desde el **9 de septiembre de 2014** hasta el **8 de septiembre de 2017**, desempeñando el cargo de Gerente de Garantías en la Dirección de Posventa CV, conforme se desprende de la certificación laboral expedida el 8 de septiembre de 2017 por el Coordinador de Nómina y Administración de Personal visible a folio 16 y 144 del plenario, así como contrato de trabajo visto a folios 99 a 107 del expediente y liquidación final del mismo (fls. 143).

### **DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR CAUSAS IMPUTABLES AL EMPLEADOR – VALIDEZ ACUERDO TRANSACCIONAL:**

A fin de resolver el anterior cuestionamiento, previamente y para una mayor ilustración, la Sala reproduce el denominado «*ACTA O ACUERDO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES*», fechado 8 de septiembre de 2017 (fls. 39 y 40):

*“En Bogotá, a los ocho (08) de septiembre de 2018, entre los suscritos: JUAN PABLO MANOTTAS F y ALEXANDER PEÑA SILVA (...), en nombre y representación de DAIMLER COLOMBIA SA, quien se denominará EX – EMPLEADOR, y YESID EDUARDO VEGA CAMACHO (...) quien actúa en su propio nombre y se denominará el EX – TRABAJADOR, celebran el presente acta o acuerdo de terminación del contrato de trabajo. El objeto de este contrato es el de convenir los términos de la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, para lo cual tienen las partes capacidad legal, de acuerdo con las siguientes consideraciones:*

- 1. Que entre DAIMLER COLOMBIA SA, y el EX – TRABAJADOR existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el día 09 de septiembre de 2014, para el cargo de Gerente de Garantías.*
- 2. Que las partes deciden dar por terminado el contrato de trabajo que los ha vinculado, por mutuo acuerdo, con efectos a partir del día 08 de septiembre de 2017.*
- 3. Que en consecuencia, las partes deciden suscribir la presente acta o acuerdo de terminación del contrato de trabajo que se determina de la siguiente manera:  
En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 2.469 y siguientes del Código Civil y el artículo 15 del Código Sustantivo de Trabajo, las partes hemos acordado celebrar el presente contrato para precaver futuros litigiosos sobre las materias a las cuales se refiere, el cual se regirá por lo estipulado en las siguientes cláusulas de este documento y en lo no previsto en ellas por la legislación laboral aplicable al caso.*

**PRIMERA.** *Las partes de manera libre, informada y sin ninguna clase de apremio, error, fuerza o engaño, y sin que se vulnere ningún derecho legal o convencional del suscrito EX – TRABAJADOR, manifestamos que el contrato de trabajo a que se refiere las consideraciones anteriores, termina por mutuo acuerdo el día 08 de septiembre de 2017.*

**SEGUNDA.** *Se deja constancia que de los valores correspondientes a la liquidación final de prestaciones sociales, salarios y vacaciones y demás derechos laborales que le corresponden al EX – TRABAJADOR hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo, éste autorizó al EX – EMPLEADOR previamente y en este acto lo ratifica por escrito, para que le sean aplicadas las deducciones procedentes para cancelar los créditos, embargos, préstamos, anticipos de salario y en general para saldar toda obligación que bajo cualquier*

título o modalidad haya contraído con el EX – EMPLEADOR o con terceros y/o que por orden judicial debería retenerle.

(...)

**CUARTA.** Las partes acordamos que el EX – EMPLEADOR, pagará al EX – TRABAJADOR, adicionalmente a los valores correspondientes a los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales que por Ley le corresponden, hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo, con el fin de transigir con efectos de cosa juzgada formal y material sobre cualquier indemnización y sobre todo derecho incierto y discutible derivado de la relación laboral que vincula ambas partes, entre otros, sobre indemnizaciones de todo orden, beneficios extralegales, y en general, sobre cualquier otro concepto y/o reconocimiento o eventual derecho legal o extralegal derivado directa o indirectamente de la vinculación laboral que aquí ha quedado enunciada una suma transaccional única y definitiva de \$19.031.406, a pagarse por el EX – EMPLEADOR dentro del mismo plazo.

Las partes hemos convenido que los valores correspondientes a las sumas señaladas anteriormente que se determine, serán imputables a cualquier otra acreencia de índole laboral, pasada o presente, que se reputare o probare haber quedado insoluto al terminar el aludido contrato de trabajo.

**QUINTA.** El EX – TRABAJADOR, en virtud de este contrato, expresamente ratifica que su retiro no obedeció a decisión unilateral de DAIMLER COLOMBIA SA, sino a un acuerdo libre y voluntario entre las partes, por lo que expresamente declara y reconoce no tener derecho a indemnización alguna por tal causa y con el pago mencionado en la cláusula tercera del presente contrato el EX – EMPLEADOR queda a paz y salvo con el EX – TRABAJADOR por todo concepto de salario fijo a variable, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas, dotaciones e indemnizaciones, y por la liquidación de prestaciones sociales y demás sumas a que se contrae el contrato.

(...)

**SÉPTIMA.** Por todo lo anterior, el EX – TRABAJADOR declara a DAIMLER COLOMBIA SA a paz y salvo por todo concepto de orden laboral, en especial, por los conceptos salariales, su re-liquidación y reajuste, comisiones, primas legales, extralegales, viáticos de toda índole, dotaciones, bonificaciones legales o contractuales, vacaciones, trabajo suplementario o de horas extras, recargos nocturnos, labor en dominicales y festivos, descansos compensatorios o en dominicales y festivos, beneficios legales o extra legales, medios de préstamos otorgados por el EX – EMPLEADOR, prestaciones sociales o cualquiera otros conceptos, nivelación de cargos y/o salarios, indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, indemnización moratoria, bonificación por retiro voluntario, eventual acción de reintegro, reliquidación de prestaciones sociales o cualesquiera otro derecho de carácter laboral.

**PARÁGRAFO.** El EX – TRABAJADOR manifiesta que cualquier situación presentada con posterioridad a la suscripción del presente acuerdo y que verse a desconocer el contenido del mismo, en especial sobre asuntos de estabilidad laboral reforzada, incluida la del beneficios prepensionado, tendientes a convertir los actos propios, este Acta debe finalización del Contrato de Trabajo por Mutuo Acuerdo, será prueba suficiente para desistir de cualquier acción adelantada en cualquier jurisdicción, conforme la facultad contenida en el artículo 314 del C.G.P. ratificando que obedece a una declaración libre, voluntaria y espontánea, exenta de cualquier vicio del consentimiento. Por tanto, el EX – TRABAJADOR faculta a DAIMLER COLOMBIA SA, para que iniciada cualquier acción de origen judicial, el EX – EMPLEADO presente este acuerdo y la autoridad judicial proceda en la aceptación del desistimiento.”

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 2469 del CC define la transacción como “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” y dispone que “no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

En dicho sentido, tal y como lo ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia, la transacción es un mecanismo legítimo para precaver o finalizar un conflicto entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, la cual resulta válida, conforme se dijo en decisión AL3608-2017, cuando:

- i) exista un litigio pendiente o eventual (artículo 2469 CC),
- ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (artículo 15 CST),
- iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y,
- iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.

De ahí que, ese tipo de acuerdo es un mecanismo legítimo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver uno futuro, cuyas características se sustentan en que las partes renuncian a los derechos en disputa y, en su lugar, ceden en sus aspiraciones, siendo, por lo tanto, un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, siempre y cuando no esté afectada por algún vicio en el consentimiento, su objeto y causa sean lícitos, y no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles.

Sobre los efectos de la transacción, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia estableció que son: i) el cambio de una relación jurídica incierta, en otra que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, y ii) la terminación de un proceso judicial, o si no se ha dado el mismo, la imposibilidad de los contratantes, de llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo. En sentencia CSJ SC, 29 jun. 2007, rad. 6428, se estimó:

*“4. Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción*

*ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo.”*

Por otra parte, si ese acto o declaración de la voluntad no cumple con los requisitos ya referidos, esto es, que el consentimiento no esté afectado por algún vicio en el consentimiento, que su objeto y causa sean lícitos, que no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles, y que se efectúen concesiones mutuas; se puede acudir ante el juez del trabajo a fin de restarle validez y, de este modo, enervar los efectos jurídicos que le son propios, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez (Sentencia SL5032 de 2020).

A efectos de determinar, si el acuerdo suscrito entre las partes adoleció de algún vicio en el consentimiento a efectos de invalidar el mismo y declarar que el vínculo laboral feneció de forma unilateral, por causas imputables al empleador, en atención que la compañera permanente del aquí demandante se encontraba en estado de embarazo para el momento en que suscribieron dicho acuerdo transaccional, se allegó al plenario constancia de comparecencia No. 872 del 16 de mayo de 2018, registro civil de nacimiento del menor Jerónimo Vega Núñez del 28 de diciembre de 2017, historia clínica de la señora María Susana Núñez Beltrán, compañera permanente del demandante, liquidación definitiva.

Así mismo, se aportó formato de requisición de personal de Gestión Humana, relación de documentos de ingreso, guía de entrevista de evaluación de integridad, paz y salvo de retiro.

Por otro lado, se practicó el Interrogatorio de parte del **demandante**, quien señaló que el último cargo desempeñado fue el de Gerente de Garantía y Asistencia Técnica. Que las modificaciones de la estructura de la compañía eran conocidos. Que tuvo conocimiento del procedimiento de venta del concesionario, el cual vendido a Motoriza. Que suscribió el documento de finalización de la relación laboral por mutuo acuerdo, junto con la liquidación, así como los acuerdos que se llegaron ese día, que consistía en que el contrato de trabajo se terminaba sin justa causa. Que en el momento de la suscripción del acuerdo, no tenía conocimiento de los derechos que tenía mi esposa por estar en estado de embarazo, entonces no deje

ninguna constancia al respecto. Que la demandada pagó todo lo que acordó. Que 3 meses después del nacimiento de su hijo, en la diligencia que citó a la demandada ante el Ministerio del Trabajo puso en conocimiento de la situación, y de comunicar el deseo de llegar a un nuevo acuerdo. Que no pidió autorización de grabar a la Gerente cuando tuvo una conversación con ésta. Que una vez se quedó sin trabajo, con su esposa y hermana crearon una empresa para poder pagar la salud de su esposa, de su hijo. Que su jefe inmediato (MARCOS ARAUJO) se encontraba enterado del estado de embarazo de su esposa, por cuanto el embarazo de su esposa tuvo que ser con ayuda, y al momento de la implantación del óvulo estaba enterado porque tuvo que pedir permiso para acompañarla, además por su estado delicado tuvo que pedir permiso, y el jefe inmediato le dio permisos, en 2 oportunidades que recuerda, así como los demás compañeros de la división tenían conocimiento de la situación. Que no le informó a la jefe de recursos humanos el estado de embarazo de su compañera permanente.

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte al señor **EDGAR FELIPE MORA CARDOZO**, en calidad de representante legal de la demandada, quien indicó fungir como representante legal de la demandada desde finales del año 2017, que el demandante devengó como salario al momento de la suscripción del contrato un salario mínimo integral, alrededor de 9 millones de pesos. Que ni durante el momento de la vigencia del contrario, ni al momento de la suscripción del mutuo acuerdo no se tenía conocimiento del estado de embarazo de la esposa del demandante, pues éste no lo puso en conocimiento de la empresa, fue con posterioridad, esto es, 5 o 6 meses de la suscripción del acuerdo es que el actor pone en conocimiento dicha situación. Que la empresa tenía conocimiento de los beneficiarios reportados del demandante, que obedecía a la esposa del demandante. Que no tiene conocimiento si el demandante pidió permiso para acompañar a su esposa a algún curso profiláctico. Que el señor MARIO ARAUJO era jefe inmediato del demandante. Que el señor MARIO ARAUJO estuvo presente, y le puso en conocimiento el acuerdo y el consentimiento para su suscripción.

Por otro lado, se recibió el testimonio de la señora **DIANA CAROLINA ORTEGA RUIZ**, quien manifestó trabajar en el área de recursos humanos para la demandada desde marzo de 2013, y en razón del proceso de vinculación conoció al demandante y también realizó el proceso de desvinculación del actor, la causa principal fue con

ocasión a la reestructuración de varias áreas desde el año 2015, cambio de CEO, diferentes directivos, coordinadores, la situación del país, así como la difícil situación del sector automotriz. Que la situación del demandante obedeció a un plan de retiro voluntario en donde necesitábamos cambios de perfil y condiciones, e acomodarse el nuevo negocio. El señor MARCOS ARAUJO, en calidad de jefe inmediato, la abogada y la deponente le comunican el plan de retiro voluntario al demandante. Que a empresa demandada no conocía el estado de embarazo de la compañera permanente del demandante, máxime cuando se tenían los canales de comunicación abiertos. Que la finalización del contrato de trabajo fue en términos cordiales, y la relación personal con el demandante era amable. Los permisos de los CEO o directores de la compañía se tramitaban directamente con el jefe inmediato, o también lo pueden tramitar a través de una "Valera de tiempo", y no tiene conocimiento que el demandante haya hecho uso de las "valeras de tiempo". Que MARCOS ARAUJO otorgaba los permisos a las personas que le reportaban a él. Que MARCOS ARAUJO no le manifestó nada respecto del procedimiento que estaba adelantado a efectos de obtener un embarazo. Que el día en que se le propuso el plan de retiro voluntario al demandante, se le mostró al actor dos opciones uno que era el plan de retiro voluntario y otro el de la terminación del vínculo laboral sin justa causa, acogiéndose el actor el plan de retiro voluntario, el cual era de mutuo acuerdo, se le entregó un acuerdo de confidencialidad, certificación laboral, los pagos parafiscales, acta, examen médico de retiro. Que a pesar que se le dieron dos opciones al demandante, tenía cada uno porcentajes económicos diferentes, y el demandante tomó libremente la decisión, analizó ambas propuestas y de manera calmada tomó la decisión. Ante la pregunta al demandante si tenía algún cuestionamiento al respecto, el demandante dijo que no tenía ninguna pregunta, y tampoco dejó constancia el estado de embarazo del actor, que sobre ése estado de embarazo fue que se enteraron de la situación de la compañera del demandante, cuando recibieron una citación de conciliación. Que no pidió autorización para grabar la conversación, no tenía conocimiento de dicha grabación.

Así mismo, se recibió el testimonio de la señora **LUZ EDITH VEGA CAMACHO**, quien indicó ser la hermana del demandante, y que tenían conocimiento del procedimiento que estaban adelantando para quedar embarazada. Que tiene conocimiento que llamaron al demandante para que firmara para irse de la empresa. Que el demandante le dijo que la empresa estaba muy desorganizada en su interior

y tuvieron que re estructurarla. Que no intentó comunicarse con la empresa para informarles el estado de embarazo de la esposa de su hermano.

Ahora bien, el señor **GERMAN GABRIEL NORATTO MORA** indicó que es amigo de infancia del demandante, y que en algún momento le comentó que estaba, junto con su esposa el procedimiento para quedar embarazada. Que el demandante era quien atendía a su esposa durante su embarazo. Que el actor le comentó que le había dicho que había comunicado a su jefe el estado embarazo de su esposa, porque no tiene acceso directo a la empresa donde trabajó el demandante. Que no sabe porque se le terminó el contrato de trabajo del actor con la empresa demandada. Que el demandante no es una persona fácil de engañar, pero por la situación que estaba pasando puede fallarle su astucia.

Así mismo, el testimonio del señor **MARCOS ARAUJO** indicó que trabajó 4 años para la compañía demandada desde 2016 a 2019, pero que actualmente vive en Brasil. Que conoció al demandante, era el Gerente de Garantía, y fungía como el superior jerárquico del actor. Que nunca tuvo contacto con el grupo familiar que conformaba el demandante. Que la empresa comenzó en un proceso de negociación para vender la compañía (re-tail), y se tuvieron que hacer unos cambio en la organización, se vendía a un grupo económico y ningún empleado fue despedido; que todos los trabajadores estaban al tanto del proceso de venta, y en ese orden invitaron al demandante para hacer un acuerdo mutuo para su salida, en la reunión el demandante revisó las propuestas y estuvo de acuerdo en firmar el acuerdo mutuo que se había hecho con él, no dejó ninguna inconformidad ni anotación de inconformidad, y que ni en ese momento, ni con anterioridad el demandante informó sobre el estado de embarazo de su esposa. Que el actor conoció el proceso, pues antes de los cambios y los ajustes al interior de la compañía se le informó a todos los trabajadores de la compañía lo que estaba pasando.

Finalmente, la señora **MAYERLI CONSTANZA SANABRIA BAUTISTA** señaló que es abogada especializada en derecho contractual, y fue parte del grupo de abogados externos de la empresa demandada desde el año 2017 a 2019, y conoció al demandante porque fue una de las primeras actividades que desarrolló en dicha firma. Que la firma la delegó como asesora externa para acompañar el proceso de

retiro del señor Yesid Vega, toda vez que hacia el año 2017 la demandada venía presentando unos problemas económicos, y se tomaron una serie de decisiones, y se propusieron unos planes de retiro voluntario, uno de los cuales fueron presentado al actor. Al demandante se le ofrecieron 2 opciones, el primero la terminación del contrato de trabajo sin justo causa, junto con la indemnización de Ley a que hubiera lugar y la otra opción era la de acogerse al plan de retiro voluntario, ofreciendo una suma superior, en ese momento, el jefe inmediato estaba presente, un delegado de recursos humanos y la abogada, el señor Vega revisó las dos opciones, y tomó su decisión. Que el demandante no dejó ninguna reserva u observación por haber suscrito el acuerdo. Que en ningún momento manifestó que su esposa se encontraba en estado de embarazo. Que el procedimiento fue transparente, se le dieron las herramientas, no estuvo sujeto a error, fuerza o dolo. Que no solicitó autorización para grabar la conversación.

Frente a lo anterior, de conformidad con el art. 1502 del Código Civil "*para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad*" es necesario, entre otras cosas "*que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*". Determina así mismo el art. 1508 *ibídem* que los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo; o sea que a la luz de dicha codificación el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia y validez del acto jurídico y de ello depende que la manifestación de voluntad de cada uno de los agentes no se produzca bajo el imperio de coacción física o moral, ni a causa de un error fortuito o provocado por el dolo de otro de los agentes.

También debe recordarse que el error como elemento de afectación de la libre voluntad, al igual que la fuerza y el dolo, no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente por la parte que aduce los padeció y una vez acreditados la nulidad del acto o acuerdo declarada en sentencia, en los precisos términos del inciso 1º del artículo 1746 del CC, le otorga a las partes el derecho para ser restituidas las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Es preciso referir que los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo, no surgen en abstracto sino que deben provenir de hechos que de manera clara afecten el

consentimiento de modo que, de no existir ellos, la declaración de voluntad no se habría emitido; siendo imperioso para los actores acreditar su causación y efectos.

En ese orden de ideas, no es posible afirmar que el actor fuera obligado o inducido a suscribir el respectivo documento transaccional, pues, el error, la fuerza y el dolo, como vicios de los actos y declaraciones de voluntad, no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente, destacándose por demás que no obra prueba que soportara ello, por el contrario, conforme a la totalidad de los testimonios recepcionados en el presente asunto, se logró acreditar que el demandante suscribió el acuerdo de transacción de manera libre y voluntaria, esto es, sin presión, fuerza o coacción alguna, por lo que dicho acuerdo de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes se predica válido para todos sus efectos, máxime cuando los testigos MARCOS ARAUJO, DIANA ORTEGA y MAYERLI SANABRIA, quienes estuvieron vinculados directamente al proceso de desvinculación del actor, señalaron de manera unánime que el actor no manifestó inconformidad alguna al momento de suscribir el acuerdo, pues el demandante no dejó plasmada observación alguna, así como tampoco les señaló algún descontento al momento de acogerse al acuerdo por retiro por mutuo acuerdo.

En otro giro, en lo que tiene que ver con la pretendida estabilidad laboral reforzada que pretende la parte demandante, en sentencia C – 005 de 2017 declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1º del artículo 239 y del numeral 1º del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a la prohibición de despido y a la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al trabajador que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel, lo que trae como consecuencia que las parejas de las mujeres embarazadas, serán protegidos con el mismo beneficio que tienen las mujeres en materia laboral cuando de embarazos se trate, trayendo a colación la sentencia SU – 075 de 2018, mediante la cual se exige que para poder ser beneficiario de ésta estabilidad laboral reforzada, el empleador debe tener pleno conocimiento del estado de embarazo de la compañera permanente.

Adicionalmente, para que la protección sea aplicable, la mujer gestante o lactante debe tener la condición de beneficiaria de su pareja en el Sistema de Seguridad

Social Integral, y no incluye el pago de la licencia de maternidad, pues la madre no cotizó al Sistema de Salud durante el periodo de gestación. Esta protección es aplicable al cónyuge, compañero permanente o pareja, incluso del mismo género.

Así las cosas, si bien no se logró demostrar en juicio que la decisión de suscribir el acuerdo transaccional estuvo viciada por alguna razón de error, fuerza o dolo, lo cierto es que de conformidad con el material probatorio recaudado dentro del presente asunto, no se logra acreditar que ni con antelación, ni al momento de la reunión en que se le ofrecieron las dos opciones al demandante para dar por terminada la relación laboral puso en conocimiento de su ex empleador que su compañera permanente se encontraba en estado de embarazo, y si bien dentro del plenario se logró acreditar que su hijo nació el 28 de diciembre de 2017, con lo que se logra inferir que para el **8 de septiembre de 2017**, fecha de suscripción del acuerdo transaccional su compañera permanente se encontraba en estado de embarazo, conforme a las pruebas recaudadas dentro del plenario, se logra evidenciar que el empleador no tenía conocimiento de dicha situación, hecho que fue confesado por el mismo demandante, cuando afirmó que el día de suscripción del Acuerdo, en la cual estaba presente la señora Diana Ortega, jefe de recursos humanos, la cual fue la encargada de presentarle las opciones de su retiro, y con la cual tenía una amable relación laboral, no le comentó nada al respecto, y teniendo en cuenta que no fue inducido en error para suscribir el documento, ni mucho menos, fue presionado para acogerse al plan de retiro ofrecido por la accionada, no es posible predicar una estabilidad laboral reforzada por fuero de paternidad a favor del accionante, pues no quedó debidamente acreditado dentro del plenario que la convocada a juicio o alguno de sus representantes, tales como el jefe inmediato del actor, o la jefe de recursos humanos, tuviera conocimiento de la situación del actor y el estado de embarazo de su compañera permanente, así como tampoco se acreditó que la compañera permanente del demandante fuera beneficiaria de su pareja, y que dependiera económicamente de éste, pues solo fue con la citación ante el Ministerio de Trabajo para llevar a cabo audiencia de conciliación el día 29 de mayo de 2018, esto es, 8 meses posteriores a la finalización del vínculo fue que la demandada se enteró de la situación de la compañera permanente del actor al momento de suscribir el acuerdo, por lo que no es procedente activar a su favor la protección aludida, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, de las pretensiones declarativas y

condenatorias, incoadas en la demanda, dado que las mismas son consecuenciales de la principal.

**COSTAS:** Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de junio de 2020 por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503320180054301)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503320180054301)



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503320180054301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación 07-2018-00563-01**

Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: EMILIANO CASTELLANO BALLÉN**  
**DEMANDADO: JOSÉ CORTÉS MALAVER Y SONIA LÓPEZ TORRES**  
**ASUNTO : APELACIÓN (DEMANDADOS)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de enero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes, no presentaron alegaciones por escrito según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **EMILIANO CASTELLANOS BALLÉN**, instauró demanda ordinaria laboral en contra los señores **JOSÉ CORTÉS MALAVER Y SONIA LÓPEZ TORRES**, con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos: (fls 2-5):

- 1) Que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo inicio el 16 de septiembre de 2016 y finalizó el 23 de marzo de 2017.
- 2) Que como consecuencia de lo anterior se conde a los demandados al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones casadas durante el término de la relación laboral.
- 3) A la indemnización moratoria por el no pago de los intereses a las cesantías.
- 4) Al pago de las incapacidades médicas que le fueran expedidas del 7 de diciembre de 2016 al 6 de enero de 2017, del 31 de diciembre de 2016 al 30 de enero de 2017, y del 22 de febrero al 23 de marzo de 2017.
- 5) Al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social adeudados durante todo el vínculo laboral.
- 6) Al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a 180 días de salario.
- 7) Al pago de la indemnización por la pérdida de capacidad laboral, conforme el Manual único de Calificación de Invalidez, por la fractura del dedo índice izquierdo de la mano.
- 8) Al pago de la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa
- 9) Al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.
- 10) A la indexación legal.
- 11) A lo que resulte proado ultra y extra petita.
- 12) A las costas y gastos del proceso.

Los demandados **SONIA LÓPEZ TORRES (fls. 46-46) Y JOSÉ CORTÉS MALAVER (fls. 81-89)** contestaron la demanda en escrito separado de acuerdo al auto visible a folio 87, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa excepciones de mérito.

**EL JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de enero de 2020 **DECLARÓ** la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 16 de septiembre de 2016 al 23 de marzo de 2017, que culminó de forma unilateral y sin justa causa por parte de los empleadores, devengando como último salario la suma de \$1.200.000. **CONDENÓ**

a los demandados a pagar a favor del demandante la suma de \$670.084 por concepto de cesantías, \$41.992 por intereses a las cesantías, \$313.300 por vacaciones, \$670.084 por prima de servicios y a la suma de \$28.800.000 por concepto de indemnización moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de mora a partir del 16 de septiembre de 2016 al 23 de marzo de 2019, a partir del 24 de marzo de la misma anualidad, al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera, y finalmente a la suma de \$1.200.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa. **CONDENÓ** a los demandados a pagar las incapacidades médicas expedidas al demandante del 1 de diciembre de 2016 al 6 de enero de 2017, del 31 de diciembre de 2016 al 30 de enero de 2017 y del 22 de febrero al 23 de marzo de 2017, descontando la suma de \$390.000 que fuera recibida por el demandante por dicho concepto. **CONDENÓ** a los demandados a pagar a favor del demandante los aportes a seguridad social en pensión desde el 16 de septiembre de 2016 al 23 de marzo de 2017, mediante calculo actuarial que deberá realizar al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el actor o elija, tomando como IBC la suma de \$1.200.000. **ABSOLVIÓ** a los demandados de las restantes pretensiones incoadas en su contra. **CONDENÓ** en costas a la parte demandante, en un 7% de las condenas impuestas.

Se adicionó además la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a los demandados a pagar a favor del demandante la suma de \$7.200.000, por concepto de la indemnización de 180 días de salario prevista en la ley 361 de 1997.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **INEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL CON EL SEÑOR JOSÉ CORTÉS MALAVER:** Para la parte accionada no se lograba acreditar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el señor JOSÉ CORTÉS MALAVER, al no existir prueba alguna del vínculo.

2. **EXTREMOS TEMPORALES DEL VÍNCULO:** Consideró el recurrente que no acreditaban los extremos laborales dispuestos en la sentencia, pues el actor se limitaba a aportar los documentos entregados por el Hospital de Suba, que contenían inconsistencias en las fechas de las incapacidades expedidas, pero sin soportar de forma adecuada la duración del contrato.

3. **EFFECTOS DE LA FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:** Solicitó el recurrente se tuviera en cuenta que la omisión en la afiliación a seguridad social obedeció a la negativa del demandante de entregar su documento de identidad para realizarlas, situación que había sido corroborada por el demandante, presentándose además unos documentos que lo acreditaban como desmovilizado, contando con diferentes amparos y beneficios previstos para éstos en la ley. Así mismo, indicó que impugnaba en el mismo sentido la imposición de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le merecieron reproche, de conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

De los argumentos expuestos en la alzada, para la Sala la controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. La existencia de un contrato de trabajo entre el demandante EMILIANO CASTELLANOS BALLÉN y el demandante JOSÉ CORTÉS MALAVER 2. Los extremos del vínculo laboral. 3. La consecuencia de la omisión en la afiliación del demandante a seguridad social.

Previo a pronunciarse sobre la alzada, resulta indispensable precisar que no fue objeto expreso de inconformidad en el recurso de apelación, la declaratoria de la

existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante EMILIANO CASTELLANOS BALLÉN y la demandada SONIA LÓPEZ TORRES, desempeñándose como panadero en el establecimiento de comercio de su propiedad denominado "CAMBRY'S PANADERÍA Y PASTELERÍA, recibiendo una remuneración mensual de \$1.200.000, contrato que se dio por terminado por decisión unilateral del empleador.

### **DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL CON EL DEMANDADO JOSÉ CORTÉS MALAVER**

Así las cosas, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda.

De acuerdo a lo anterior, el art. 22 del C.S.T., define el contrato el contrato de trabajo como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real" en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal" o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo

53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Por ende, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su remuneración, cumpliendo con dicha carga se probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

El demandante solicitó se declarara la existencia de un contrato de trabajo con los señores SONIA LÓPEZ TORRES Y JOSÉ CORTÉS MALAVER, desempeñándose como panadero en el establecimiento de comercio de su propiedad y encontrándose para el cumplimiento de sus labores bajo la continua subordinación y dependencia

de los demandados, situación que fue reiterada por éste al momento de absolver interrogatorio de parte, precisando que fue entrevistado y contratado por los demandados y recibiendo sus órdenes, siendo el demandando quien le canceló la suma de \$390.000 por concepto de la primera incapacidad que le fue expedida con ocasión al accidente sufrido.

No obstante, contrario a lo indicado por el juez de instancia, no existe prueba en el plenario que permita acreditar la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor del señor JOSÉ CORTÉS MALAVER, pues tal conclusión no se desprende de la documental aportada con la demanda, como es el caso de la acción de tutela interpuesta por el actor contra la demandada SONIA LÓPEZ TORRES, el fallo de tutela proferido por el JUZGADO 37 PENAL MUNICIPAL el 10 de enero de 2017 y la Constancia de no competencia No. 901 8/03/2017 a la audiencia de conciliación expedida por la Inspección del Trabajo y Seguridad Social RCC3, en las que se relaciona como empleadora únicamente a la señora SONIA LÓPEZ TORRES, en calidad de propietaria del establecimiento de comercio donde prestaba sus servicios como panadero.

Situación que se refuerza además, con las manifestaciones efectuadas por la señora **ERIKA MONTAÑEZ TORRES**, quien afirmó haber ingresado a trabajar en la Panadería de como Cajera el 24 de septiembre de 2016 al 8 enero de 2018 y conocer al demandante quien se encontraba en el lugar al momento de su vinculación. Así mismo, indicó que el señor JOSÉ CORTÉS MALAVER, se dedicaba a manejar un camión, pero asistía a la panadería por ser el esposo de su propietaria la señora SONIA LÓPEZ TORRES, siendo ésta quien impartía las ordenes a los trabajadores.

Igualmente, indicó que el demandante ingresó a prestar sus servicios unos pocos días antes del inicio de su contrato trabajo, pero desconoce la fecha exacta y que se retiró de la Panadería, por los choques constantes que mantenía con la demandada por las permanentes pérdidas de la materia prima e incumplimientos de sus funciones, y que sólo con posterioridad a su retiro, se habían enterado del accidente que había sufrido.

Conclusión que no se desvirtúa, en razón a que la demandada relacionara en la contestación a la acción de tutela o en la comunicación ante el Ministerio del Trabajo el 29 de agosto de 2017, que su establecimiento era un negocio familiar y pequeño, o por la manifestaciones de que por solidaridad con su esposo habían acordado entregarle una suma de \$390.000 para ayudarlo durante el periodo de incapacidad inicial, pues de ellas no se desprende la existencia de un vínculo subordinado entre el señor EMILIANO CASTELLANOS BALLÉN y el demandante. En consecuencia, se revocará parcialmente la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar la existencia de un vínculo laboral entre éste y la señora SONIA LÓPEZ TORRES

### **CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE LA AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y 57 del CST, corresponde al empleador de forma general las obligaciones de protección y seguridad para con sus trabajadores. En concordancia con lo anterior, los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, establecen que el empleador es responsable del pago oportuno de la totalidad de los aportes causados al Sistema General de Seguridad Social.

A su vez, los artículos 2.2.1.1.1.<sup>1</sup>, 3.2.1.1.<sup>2</sup> y 3.2.1.9<sup>3</sup> del Decreto 780 de 2016 Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, que compiló lo

<sup>1</sup> Artículo 2.2.1.1.1.1 Declaraciones de autoliquidación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social integral. La obligación de presentar la declaración de autoliquidación de aportes subsistirá mientras el aportante no cumpla con la obligación de reportar el cese definitivo de sus actividades, según se señala en el inciso 3 del artículo 5 del Decreto 1406 de 1999.

<sup>2</sup> Artículo 3.2.1.1 Definiciones. Para efectos de lo dispuesto en el presente Título, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: 1. Aportante: es la persona o entidad que tiene la obligación directa frente a la entidad administradora de cumplir con el pago de los aportes correspondientes a uno o más de los servicios o riesgos que conforman el Sistema y para uno o más afiliados al mismo. Cuando en este Título se utilice la expresión «aportantes», se entenderá que se hace referencia a las personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes, a las entidades promotoras de salud, administradoras de pensiones o riesgos laborales obligadas a realizar aportes correspondientes al Sistema, a los rentistas de capital y demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del SGSSS, y a los trabajadores independientes que se encuentren afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral.

<sup>3</sup> Artículo 3.2.1.9 Deberes especiales del empleador. Las consecuencias derivadas de la omisión de reporte a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante. En todo caso el empleador que tenga el carácter de aportante, deberá tener a disposición del trabajador que así lo solicite la copia de la planilla integral de liquidación de aportes en al Sistema de Seguridad Social Integral en que conste el respectivo pago, o el comprobante de pago respectivo en caso que este último se haya efectuado en forma separada. Igualmente, y de conformidad con las normas establecidas en el Código de Comercio sobre

dispuesto en el Decreto 1406 de 1999, señala que el empleador en calidad de aportante, tiene la obligación de efectuar el pago de los aportes a salud y pensiones durante el tiempo que dure el vínculo laboral, como también dentro del periodo de incapacidad temporal que surja como consecuencia de una contingencia de origen común o laboral, obligación que subsistirá hasta que realice el reporte del cese definitivo de las actividades, y que además deberá asumir en caso de no realizar los aportes correspondientes.

En tal sentido, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL4262 de 2020, señalando que la afiliación y pago oportuno de aportes por parte del empleador respecto de un trabajador subordinado, es un mandato legal, no disponible por las partes, esto es, que no se encuentra a su arbitrio el definir como como se cumple ese mandato legal.

Por otra parte, huelga precisar que el Decreto 2353 en su artículo 66<sup>4</sup>, establece además un periodo de protección laboral para garantizar la continuidad del aseguramiento en salud, en caso de que el empleador reporte la terminación del vínculo laboral, gozando el cotizante y su núcleo familiar con un periodo de 1 mes (Si estuvo afiliado a la misma EPS como mínimo un año) a 3 meses (Si estuvo inscrito de manera continua por 5 años o más) para acceder a la prestación de los servicios de salud de plan de beneficios.

Establecido el marco normativo y jurisprudencial anterior, cabe precisar que el juez de instancia declaró la existencia del contrato de trabajo entre el 16 de septiembre

---

conservación de documentos, el aportante deberá conservar copia del archivo magnético contenido de las planillas integrales de liquidación.

<sup>4</sup> Artículo 66. Periodo de protección laboral. Cuando el empleador reporte la novedad de terminación del vínculo laboral o cuando el trabajador independiente pierda las condiciones para continuar como cotizante y reporte la novedad, el cotizante y su núcleo familiar gozarán del periodo de protección laboral hasta por uno (1) o tres (3) meses más contados a partir del día siguiente al vencimiento del periodo o días por los cuales se efectuó la última cotización.

Durante el periodo de protección laboral, el afiliado cotizante y su núcleo familiar tendrán derecho a la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios por el periodo de un (1) mes cuando haya estado inscrito en la misma EPS como mínimo los doce (12) meses anteriores y de tres (3) meses cuando haya estado inscrito de manera continua durante cinco (5) años o más.

Cuando durante el periodo de protección laboral al afiliado se le otorgue el Mecanismo de Protección al Cesante previsto en la Ley 1636 de 2013 y en el Capítulo 1, del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1072 de 2015 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, el periodo de protección laboral cesará.

de 2016 al 23 de marzo de 2017, por considerar que ante la omisión en la afiliación al Sistema de Seguridad Social del demandante, implicaba que los accionados debían asumir las contingencias que estuvieran bajo su cobertura, por lo que el extremo final del vínculo laboral correspondía a la data vencimiento de la última incapacidad que le fuera otorgada.

No obstante, la Sala no comparte esta conclusión, pues la consecuencia del hecho consumado de la no afiliación a las contingencias en salud y riesgos laborales, no es la extensión del vínculo laboral, sino la reparación de los perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por el incumplimiento de su vinculación al Sistema de Seguridad Social, o el reintegro de los gastos en los que hubiera incurrido por la falta de afiliación. (SL2944-2019, SL14152-2017).

En el caso particular, al margen de las manifestaciones de la demandada SONIA LÓPEZ TORRES, de no haber efectuado la afiliación por solicitud del propio demandante o por negativa de éste de entregar los documentos necesarios para tal fin, lo cierto es incumplió con el mandato legal de afiliar al demandante al Sistema de Seguridad Social y efectuar sus correspondientes aportes, y en consecuencia debe asumir los perjuicios sufridos por el trabajador por tal hecho, en este caso, el pago de las incapacidades que le fueron expedidas durante el periodo de gracia en los términos y descontando los valores pagados, en la forma en que lo indicó el A – quo.

#### **DE LOS EXTREMOS TEMPORALES**

En punto a los extremos del vínculo laboral, consideró el recurrente que no se acreditaban los establecidos en la sentencia de primera instancia, pues estos no se deducían de las incapacidades médicas aportadas.

Al respecto, el demandante al absolver interrogatorio parte indicó que laboró para los demandados desde el 16 de septiembre de 2016 como panadero, que llevaba trabajando dos meses cuando sufrió un accidente el 20 de noviembre de dicho año, siendo incapacitado en el Hospital de Suba hasta el 23 de marzo de 2017. Que el

día anterior al incidente solicitó permiso para acompañar a su esposa que se encontraba embarazada, sufriendo posteriormente un accidente al intentar hacer uso de la lavadora, sufriendo un esguince en el dedo que por su gravedad requirió de atención médica hospitalaria y quirúrgica.

Indicó además, que en momentos en que se encontraba de permiso, le fue informado por la demandante que no trabajaría más, pero posteriormente se presentó el incidente por el que estuvo hospitalizado por 8 días. Así mismo, señaló que le fueron cancelados sus salarios y una incapacidad por 7 días por valor de \$390.000, pero no así su liquidación final de prestaciones, ni se le afilió al sistema de seguridad social a pesar de entregar copia de su cédula para tal fin.

Por su parte la demandada SONIA LÓPEZ, afirmó que inició con su negocio de la panadería el 9 de septiembre de 2016, empezando inicialmente con otro panadero que trabajó al 23 de noviembre de la misma anualidad, contratándose al día siguiente al señor EMILIANO CASTELLANOS, respondiendo a un anuncio que había puesto, la llamó para trabajar en su establecimiento como Panadero, que el día de la entrevista le solicitó su hoja de vida y copia de su cédula para hacer las afiliaciones, sin embargo se había negado a entregarlas, requiriendo que no se efectuara el trámite, teniendo en cuenta que por su calidad de desmovilizado recibía muchos beneficios del gobierno y que su esposa se encontraba a punto de tener un bebe, por lo que necesitaba que esa afiliación se mantuviera vigente, razón por la cual habían acordado el pago de 45 mil pesos diarios por sus servicios que la incluía. Finalmente, indicó que el vínculo se dio por terminado ante los múltiples inconvenientes, por la pérdida y desperdicio de la materia prima y por el incumpliendo de sus labores, conociendo de la ocurrencia del accidente con posterioridad a su retiro y de las necesidades que manifestaba pasar, le había reconocido junto con su esposo una suma de dinero que le había sido entregado en sus manos.

Lo anterior no permite acreditar los extremos laborales relacionados en el escrito de demanda, pues si bien la testigo ERIKA MONTAÑEZ, refiere que el demandante ya se encontraba en el establecimiento cuando ella inició su vínculo con la demandada el 24 de septiembre de 2016, también indica que desconoce la fecha exacta de su

ingreso, razón por la cual se tomará como extremo inicial del vínculo el 24 de septiembre de 2016, que fue la data aceptada por la demandada y como extremo final se tendrá, el reconocido por el propio actor, esto es, el 19 de noviembre de la misma anualidad.

En atención a que la variación de los extremos del contrato de trabajo incide directamente en algunas de las condenas impuestas en primera instancia, la Sala procederá a revisarlas en los siguientes términos.

**De las prestaciones adeudadas:**

Se liquidaran nuevamente las prestaciones condenadas en primera instancia, teniendo en cuenta los 54 días laborados entre el 24 de septiembre al 19 de noviembre de 2016 y el salario recibido por el trabajador de \$1.200.000, por lo que realizadas las operaciones aritméticas correspondientes se CONDENARÁ a la demandada SONIA LÓPEZ TORRES a pagar al demandante las siguientes sumas:

1. \$180.000 por concepto de cesantías.
2. \$3.210 por intereses a las cesantías.
3. \$180.000 por prima de servicios.
4. \$90.000 por concepto de vacaciones.
5. \$28.800.000 por concepto de indemnización moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de mora a partir del 20 de noviembre de 2016 y por 24 meses, esto es, al 20 de noviembre de 2018, y a partir de ahí, esto es, desde el mes 25 al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera

**Cálculo Actuarial**

En el mismo sentido, habría lugar a modificar el numeral cuarto de la condena, en el sentido de condenar a la demandada SONIA LÓPEZ TORRES a pagar a favor del demandante, los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensión entre el 24 de septiembre al 19 de noviembre de 2016, mediante cálculo actuarial realizado por el Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado o al que sea escogido por

el actor, tomando en cuenta el IBC establecido por el A – quo, esto es, la suma de \$1.200.000.

### **Indemnización artículo 26 de la Ley 361 de 1997**

En relación con este aspecto, resulta pertinente señalar el artículo 26<sup>5</sup> de la Ley 361 de 1997, prevé que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato de trabajo terminado por razón de su limitación, a menos que medie una autorización del inspector de trabajo. Así mismo, que quien fuera despedido sin el cumplimiento del requisito anterior, tendría derecho a una indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones previstas en el CST y demás normas concordantes y complementarias.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Protección Social.

La Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

---

<sup>5</sup> **ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

En ese orden de ideas, en cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; 2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”. Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

No obstante, resulta claro la terminación del contrato del demandante no obedeció a su condición de salud, ni se encontraba incapacitado en tal data, como quiera que el accidente del cual se derivaron éstas, ocurrió con posterioridad a su despido, por lo que no puede predicarse que exista el nexo causal entre el fenecimiento del contrato con la limitación padecida por el demandante, imponiéndose la revocatoria de la condena por este aspecto.

**COSTAS.** Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL PRIMERO** para en su lugar **ABSOLVER** al demandado JOSÉ CORTÉS MALAVER, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

**SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida el 21 de enero de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de DECLARAR que entre el demandante EMILIANO CASTELLANOS BALLÉN y la señora SONIA LÓPEZ TORRES, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 24 de septiembre al 19 de noviembre de 2016, devengando como último salario la suma de \$1.200.000 y que culminó por decisión unilateral del empleador y sin justa.

**TERCERO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO** de la decisión en el sentido de CONDENAR a la demandada SONIA LÓPEZ TORRES a pagar al demandante las siguientes sumas:

1. \$180.000 por concepto de cesantías.
2. \$3.210 por intereses a las cesantías.
3. \$180.000 por prima de servicios.
4. \$90.000 por concepto de vacaciones.
5. \$28.800.000 por concepto de indemnización moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de mora a partir del 20 de noviembre de 2016 y por 24 meses, esto es, al 20 de noviembre de 2018, y a partir de ahí, esto es, desde el mes 25 al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera

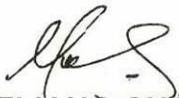
**CUARTO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL CUARTO** de la sentencia en el sentido de **CONDENAR** a la demandada SONIA LÓPEZ TORRES a pagar a favor del demandante, los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensión entre el 24 de septiembre al 19 de noviembre de 2016, mediante cálculo actuarial realizado por el Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado o al que sea escogido por el actor, tomando en cuenta el IBC establecido por el A – quo, esto es, la suma de \$1.200.000.

**QUINTO: REVOCAR LA ADICIÓN DE SENTENCIA** para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada **SONIA LÓPEZ TORRES** del pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

**SEXTO: CONFIRMAR** en lo restante.

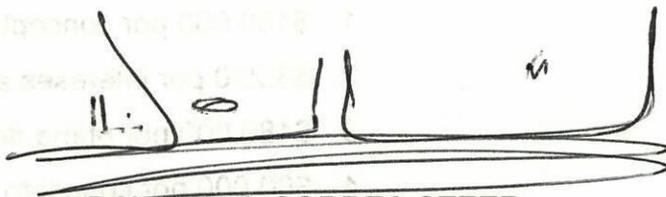
**SÉPTIMO: Sin COSTAS** en esta instancia.

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

  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500720180056301)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 110013105020720180056301)



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 110013105020720180056301)