

acuerdos para que desempeñara el cargo de Coordinadora; que el 20 de junio de 2012 firma otro sí del contrato, para que a partir del 01 de abril del mismo año desempeñara el cargo de Jefe de Operaciones; y que no se acredita que ninguno de los nexos hubiera sido objeto de finalización por parte del empleador, por lo que es dable entender la existencia de un contrato de trabajo del 26 de mayo de 2005 al 10 de junio de 2015.

Expuso que se encuentra acreditado el hecho de despido con la carta de terminación, la que da cuenta que expidió una certificación dirigida al banco BBVA, en la que se establecen condiciones salariales relacionadas con el cargo, salario, subsidios y comisiones a favor de Jenny Patricia Estrella Mojica con información que contrariaba la realidad; que la actora en diligencia de descargos aceptó que firmó la certificación laboral, porque Jenny Patricia Estrella Mojica estaba en una situación económica difícil, y ésta era una persona de su entera confianza; que no se evidencia que la accionante tuviera la función de expedir certificaciones laborales; que lo anterior, también fue aceptado en interrogatorio de parte, así como encontró respaldo en los testigos que comparecieron a juicio; que el derecho de la actora de ser oída se agotó con la respectiva diligencia de descargos, sin que fuera necesario acreditar una ritualidad en particular; y que por lo dicho, se incurrió en una justa causa, más aún si se tiene en cuenta que el actuar de la actora pudo comprometer la responsabilidad de la empresa, y abusó de la confianza del empleador en el uso de sus obligaciones.

Frente al rubro denominado *medios de transporte* adujo posible establecer conforme a la prueba testimonial que se pagaba porque la accionante debía trasladarse constantemente de ciudad, de manera que no es posible tenerlo en cuenta como salario, pues su fin no era remunerar los servicios prestados sino sufragar los gastos por concepto de transporte.

En último término, adujo que no hay lugar a ordenar el disfrute de las vacaciones, pues lo procedente sería su compensación en dinero; que no es dable condenar a indemnización moratoria por falta de aportes a pensión, ya que lo que persigue es el sancionar al empleador que no efectuó el pago de tales cotizaciones a seguridad social, no obstante, se acreditó el pago de estos.

#### **ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se ordenó correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la demandada para ratificar sus argumentos.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si para efectuar el despido de la accionante se debió agotar algún tipo de procedimiento; si el rubro denominado Medios T. Variable y/o Medios de Transporte era salario; si se debe ordenar el disfrute de vacaciones; y si hay lugar al pago de indemnización por no comunicar dentro de los

60 días a la terminación del contrato de trabajo, la falta de pago de aportes a pensión.

### **DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido que cuando el trabajador incurre en una violación grave de sus deberes no es necesario que se materialice un perjuicio patrimonial o que exista intencionalidad del trabajador, basta con la acreditación de la falta grave. Al punto,

en sentencia del 09 de mayo de 2000, Rad. 13398 reiterada en la SL232-2020, se dijo:

"Conviene anotar que si una conducta de un trabajador, como en este caso sucede, constituye una grave negligencia que pone en peligro las personas o las cosas de la empresa, no es menester que la negligencia del empleado produzca un perjuicio al patrono, pues para que se configure la justa causa de despido basta con poner en peligro bien sea a las personas o a las cosas, por cuanto así claramente resulta de lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, que a la letra dice: "Todo daño material causado intencionalmente a la otra parte, a los edificios, obras, maquinarias, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas"

(...)

"c) En la sentencia del 7 de julio de 1958, el extinto Tribunal Supremo de Trabajo, razonó:

La conexidad entre el hecho grave y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es grave no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos. La gravedad - cuyo neto sentido etimológico es peso - y que resulta de tan difícil medida para el juzgador, suele ser, como en el caso del acuerdo 8° del art. 62 del C.S. del T., el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato, etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra. Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves, sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen el juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los arts. 58 y 60 del C. S. del T., y su violación grave, expresada así por el ord. 8° del art. 62 ibídem, el juzgador califica, con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos." (GJ. LXXXVIII, números. 2199, 2200, 2a parte, página 819).

d) También ilustra la cuestión debatida, la doctrina recibida por esta Sala de la Corte en providencia del 13 de noviembre de 1964, en la que se dispuso:

Conviene, sin embargo, para efectos de la unificación jurisprudencial encomendada a la Corte, rectificar la tesis demasiado absoluta del ad quem respecto de la aplicación del

Demandante: **DISNEY BENAVIDES VERA.**

Demandado: **CASALIMPIA S.A.**

ordinal 8° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y que habla de <violencia grave> o <falta grave>, y no de <culpa grave>. No es exacto que la facultad consagrada en esa norma esté condicionada al <animus nocendi> del infractor, esto es, a su intención de causar daño a la contraparte. Cumplidos los presupuestos que allí se determinan (gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la gravedad de la falta en pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato individual o reglamento y agotamiento del respectivo procedimiento convencional o reglamentario), puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del inferior”.

Del análisis de la recensión jurisprudencial en precedencia, emergen consiguientemente, las siguientes conclusiones: (i) en la primera de las hipótesis estatuida en el mencionado numeral 6° de la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave; (ii) en el segundo supuesto la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta; (iii) para que se configure la falta grave así como como la grave negligencia no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio o beneficio para el dador del laborío, y (iv) la falta grave y la grave negligencia no se encuentra condicionada al “animus nocendi”(intención de causar daño) del trabajador.” (Subrayado por la Sala).

Finalmente, y en relación con el procedimiento disciplinario, es necesario precisar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL15245-2014** y la **SL2351-2020**, ha explicado que, si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia **SL2351-2020**, y más recientemente conforme lo dispuesto en la **SU-449 de 2020** proferida por la H. Corte Constitucional.

Igualmente, de manera pacífica y reiterada la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que, por la naturaleza correctiva del despido, dicho acto no representa sanción disciplinaria. En sentencia **SL2150-2020**, señaló:

“El desconocimiento de la censura de los artículos 6 y 125 de la norma superior, la lleva a confundir el «despido» con la sanción de «destitución» que prevé el Código Único Disciplinario. Con base en estos preceptos constitucionales, el «despido» del trabajador con justa causa no tiene la misma naturaleza jurídica de una «destitución». Inclusive, puede darse el caso de trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a sus condiciones de contratación y, a la vez, ser servidores públicos disciplinables, y, por tanto, ser sujetos de despido y de destitución, sin que se viole el principio *nom bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)”.

## **VI. DEL CASO EN CONCRETO.**

### **De lo probado en el proceso.**

No son motivo objeto de controversia los hechos relativos a que entre las partes existió un contrato de trabajo, el último cargo desempeñado por la demandante, la terminación del vínculo el día 10 de junio de 2015 por parte del empleador arguyendo una justa causa y que el empleador escuchó a la trabajadora en descargos el 10 de junio de 2015, por haber expedido y firmado una certificación laboral en favor de la trabajadora Jenny Patricia Estrella Mojica el 09 de junio de 2015, en la que se estableció un salario, beneficios, y cargo, que realmente no tenía dicha trabajadora. Finalmente. No es motivo de controversia que el 01 de junio se efectuó por parte de la pasiva, la liquidación final de prestaciones sociales de la actora (fl.16) y que el 24 de mayo de 2016, la actora presentó reclamación a la demandada con el fin de interrumpir la prescripción de las obligaciones laborales que podrían surgir a cargo de la accionada (fl.60).

En el expediente obra prueba **documental** que no fue tachada por las partes y que da cuenta de que i) la demandante fue contratada mediante contrato de trabajo a término fijo el 26 de mayo de 2005, para desempeñar el cargo de Supervisora, con una remuneración mensual de \$400.000 (fls. 9 y 10); que posteriormente el cargo asignado fue el de Coordinadora con un salario de \$680.000; que el 8 de febrero de 2012, fue nombrada en el cargo de Jefe de Operaciones hasta el 04 de abril de 2012 (fl. 135) así como que mediante otro sí, del 9 de abril de 2012, fue nombrada en el cargo de Jefe de Operaciones (fls. 11); que y finalmente, que el 01 de julio de 2012, las partes celebraron otro sí a través del que se dispuso que la accionante recibiría por concepto de medios de transporte la suma de \$500.000 máximo de acuerdo a desplazamiento a partir del 01 de julio de 2012 (fl. 12).

Igualmente, comparecieron a rendir **testimonio** los señores Pablo Daniel Escobar, Patricia Rodríguez Fajardo, Patricia Aldana, María García Moreno, y Antonio López Haz, quienes para lo que interesa al proceso, manifestaron lo siguiente:

**Pablo Daniel Escobar** como Director de Operaciones de **CASALIMPIA S.A.**, indicó que la actora como jefe de operaciones debía controlar el personal a nivel nacional, viajar a diferentes ciudades, verificar las ciudades regionales, y controlar que a las personas se les estuviera pagando su nómina, trabajando, cumpliendo el reglamento interno de trabajo y la normativa en cada una de las ciudades; que la función de expedir certificaciones era del jefe o director de talento humano o de recursos humanos y no de la actora, que el contrato de trabajo de la demandante terminó porque firmó una certificación laboral a su asistente por un valor muy alto a lo que realmente devengaba; que por lo anterior, la demandante perdió la confianza de la compañía; que la empresa se enteró de la situación porque el banco le desembolsó un dinero a la asistente de la actora, pero en una auditoría se dieron cuenta que el dinero señalado no correspondía a la certificación, llamaron, y

preguntaron si la certificación era válida, por eso, empezaron a indagar lo sucedido; que no tiene clara la remuneración de la actora, pero que sí recibía un auxilio no prestacional por transporte porque viajaban mucho; que las funciones de la actora eran de total confianza y dirección; y que en el proceso disciplinario fue que se enteraron del suceso, se informó al departamento jurídico, y se llamó a la actora a descargos, ella se presentó a las instalaciones, rindió su testimonio, y luego se tomó la decisión de terminar el contrato por estar frente a una falta gravísima que va contra el manual de funciones y el reglamento.

Por su parte, **Patricia Rodríguez Fajardo** dijo que trabajó al servicio de la demandada de 2010 a 2015 como Supervisora de Recorrido; que la actora era la jefa de operaciones; que la actora se la pasaba viajando, visitando las regionales, todo lo que tuvieran se lo entregaban a su asistente, y esta les recibía los correspondientes pedidos de máquinas y transporte; que se retiró en abril de 2015, y la actora siguió trabajando, pero que al parecer fue despedida porque había falsificado un documento; y que se enteró por una compañera.

**Patricia Aldana** adujo que laboró para **CASALIMPIA S.A.**, del 23 de julio de 2010 al 30 de enero de 2018 como Analista en Seguridad Social; que era quien hacía el tema de las afiliaciones, manejaba las incapacidades, nómina, y solicitudes a nivel nacional; que conoció a la actora cuando llegó a la empresa en 2010; que la actora trabajó hasta 2015 porque en la empresa los rumores siempre corren, se dijo que firmó una certificación sin ser cierta, lo que le pareció extraño porque su jefe lo había hecho, a sabiendas del Director de Recursos Humanos, y no pasó nada; que la demandante siempre viajaba a las regionales; que los trabajadores dejaban de estar en **CASALIMPIA S.A.**, y pasaban a estar en Servilimpia, entonces pueden existir afiliaciones a esta empresa; que en estas empresas se seguían prestando las mismas labores, o se podía crecer e ir a otro cargo; que registró aportes

a nombre de Servilimpia S.a. por instrucción de su jefe; que hacía afiliaciones de **CASALIMPIA S.A.**, y Servilimpia; que el área encargada de expedir certificaciones era Recursos humanos; y que la actora no hizo parte de recursos humanos.

**María García Moreno** expuso que trabaja para **CASALIMPIA S.A.**, desde el 15 de febrero de 2016; que es Directora de Talento Humano; que la actora trabajó de 2005 al 2015, pero la declarante no laboraba en la empresa en esa época; que cuando un trabajador comete una falta se genera una citación previa en donde se le notifica que será citado y las razones, y que puede llevar pruebas y estar acompañado de testigos; que a la finalización del contrato de la actora todo le fue pagado; que el cargo avalado para expedir certificaciones es la dirección de talento humano; que la actora no estaba avalada para expedir certificaciones; que expedir este tipo de certificaciones es considerado falta grave y que el cargo de jefe de operaciones no es de dirección y confianza.

Finalmente, **Antonio López Haz** indicó que laboró en **CASALIMPIA S.A.**, hasta noviembre de 2020; que conoce a la actora porque fue su compañera de trabajo; que la actora fue jefe de operaciones regionales; que la remuneración de la actora era un básico, y unos medios de transporte para el desempeño de sus funciones; que el concepto por medios de transporte era de mera liberalidad; que el contrato de trabajo de la actora terminó porque expidió una certificación a favor de Jenny Patricia Estrella, sin que estuviera autorizada para ello, certificación que contenía una serie de elementos falsos en cuanto a salario, comisiones, etc. para que Jenny Patricia Estrella lograra un crédito; y que el Banco llamó al departamento de recursos humanos para verificar la información, motivo por el que se inició un proceso para verificar qué había pasado realmente, se cita a diligencia de descargos, donde la demandante aceptó que firmó la certificación y que no estaba autorizada para firmarlos, y se toma la decisión de darle por terminado el contrato de trabajo;

que estuvo presente en los descargos; que no hubo denuncia por falsedad; que la demandante tenía derecho a medios de transporte porque se hacen algunos viajes a nombre de la compañía y tenía que viajar con frecuencia a diferentes puntos; que los medios de transporte de la actora no eran necesariamente por salir de la ciudad, también se podía prestar el servicio dentro de la ciudad; y que no sabe de qué dependía la variación del salario, pero que si eran más salidas, había un pago mayor.

Por su parte, la demandante en **interrogatorio de parte** manifestó que en la diligencia de descargos expresamente aceptó los hechos que se imputaron como falta grave, pero que firmaba muchos documentos a nivel regional, y que pensaba que la solicitud de Jenny Patricia Estrella Mojica era una recomendación laboral; y que por su cargo como jefe de operaciones debía realizar diversos desplazamientos, y que la mayor parte de tiempo no estaba en Bogotá.

Pues bien. Lo primero que es necesario resaltar, es que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo desde el 26 de mayo de 2005 y el 10 de junio de 2015, circunstancia que, solicitada de esa manera en la demanda, se declaró por la A Quo, y no fue objeto de impugnación, por lo que, lo procedente es verificar si la terminación del contrato de trabajo se tomó en consideración o no a una justa causa.

Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte que el despido se encuentra acreditado con la carta de terminación del contrato de trabajo visible a folios 15 y 15b, en la que quedó plasmado lo siguiente:

“Mediante la presente comunicación le informamos a usted la decisión de Casalimpia S.A. de dar por terminado unilateralmente, con base en una justa causa, su contrato de trabajo, decisión que se hará efectiva a la culminación de la jornada laboral del día de hoy 10 de junio del presente año.

Para adoptar la decisión que ahora se comunica, Casalimpia S.A. tiene como soportes fácticos las evidencias encontradas en una certificación laboral enviada al Banco BBVA y firmada por usted

Demandante: **DISNEY BENAVIDES VERA.**

Demandado: **CASALIMPIA S.A.**

en calidad de Jefe de Operaciones Regionales en la cual se certifican condiciones laborales entre las que se encuentran cargo, salarios, subsidios y comisiones de la señora Jenny Patricia Estrella Mojica con información a todas luces contraria a la realidad, por cuanto esta persona percibía ingresos inferiores, no recibía comisiones y desempeñaba un cargo diferente a lo expresado en dicha certificación.

Los supuestos a los que aquí se alude, fueron puestos en su conocimiento en diligencia de descargos llevada a cabo el día 10 de junio de 2015, en la que usted explícitamente manifestó haber firmado dicha certificación laboral.

Las explicaciones que usted suministró en diligencia de descargos, resultan absolutamente insuficientes y especialmente contraevidentes en las comprobaciones que de manera directa fueron realizadas por Casalimpia directamente por el Banco BBVA y mediante una diligencia de descargos en la cual usted acepta haberse tomado atribuciones que no le correspondían, al emitir dicha certificación laboral que únicamente podrá ser expedida por la Dirección de Recursos Humanos, adicionalmente, acepta haber firmado el documento y manifiesta que en el ejercicio de su cargo debe firmar diversos documentos con los cuales su firma da fe de aceptación y aprobación.

Los hechos evidenciados denotan especial gravedad, dada la connotación de su cargo, confianza que la Empresa ha depositado en usted durante el ejercicio de sus funciones y los hechos antes relacionados en los que usted se apartó injustificadamente de las instrucciones dadas por Casalimpia y expuso a la Empresa a un inminente riesgo reputacional con la firma de un documento que incluso puede llegar a tener la connotación de conducta punible".

Así las cosas se procederá a estudiar si el hecho y/o hechos generadores del despido constituyen o no justa causa. Para cumplir tal cometido, se verificará en primer lugar si era necesario o no agotar un procedimiento previo para llevar a cabo el despido.

Al auscultar la documental, la Sala analiza los contratos de trabajo obrantes a folios 97 a 106, de los que no se logra desprender algún tipo de procedimiento para efectuar el despido. En igual sentido, en el Reglamento Interno de Trabajo visible a folios 19 a 47 tampoco se determina que el despido sea sanción disciplinaria para que fuera exigible algún tipo de procedimiento particular para efectuar la terminación del contrato de trabajo.

Consecuente con lo anterior, se concluye que el empleador garantizó el debido proceso si la decisión de finalizar el vínculo laboral se realizó con base en una justa motivación. Al respecto, lo primero que debe advertirse es que, conforme con el manual de funciones (fl.18) prueba coadyuvada por la totalidad de los testigos arrojados al proceso, las funciones principales de la actora consistían en dar solución y respuestas oportunas a los requerimientos de las regionales a nivel operativo, verificar que las instalaciones de servicios ordenadas por Bogotá se efectuaran en el tiempo acordado, viajar a diferentes ciudades, verificar el funcionamiento de las ciudades regionales, y controlar que a los trabajadores de estas se les estuviera pagando su nómina, estuvieran trabajando, y cumpliendo el reglamento interno de trabajo y la normativa en cada una de las ciudades, pero en ningún caso se le encomendó la de expedir certificaciones laborales.

Dicho lo anterior, es claro para la Sala, que conforme al acervo probatorio recolectado, especialmente el interrogatorio de parte de la actora, la diligencia de descargos rendida por ésta, y los testimonios de Pablo Daniel Escobar, Patricia Rodríguez Fajardo, Patricia Aldana, María García Moreno, y Antonio López Haz, la demandante sí incurrió en la falta que se le endilga, puesto que, no sólo expidió una certificación laboral a favor de un trabajador de la empresa sin estar facultada para ello, sino que además señaló condiciones laborales que no se ajustaban a la realidad de la trabajadora en mención, en cuanto a cargo, salarios, subsidios y comisiones ; falta que a juicio de la Sala es grave en consideración, no solo a las responsabilidades del cargo, sino a que las funciones que la accionante desempeñaba eran de confianza exigen características como honradez, rectitud y lealtad y comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa por lo que, su actuar contrario no solo a las competencias de su cargo, sino a la realidad laboral de la trabajadora a quien pretendió beneficiar con el certificado expedido, desbordó las atribuciones entregadas para el ejercicio del cargo, generó en el

empleador desconfianza, y pudo poner en riesgo la reputación de la empresa al certificarse datos que no se ajustaban a la realidad frente a una de sus trabajadoras.

En consecuencia, para la Sala resulta acertada la decisión del A Quo, y la CONFIRMARÁ, no solo porque, la valoración de la prueba arrojada al expediente da cuenta de la justeza del despido, sino además por cuanto no se observa razón alguna para restarle validez al proceso de descargos con la consecuente orden de reintegro a la que se aspira por presunta violación del debido proceso, dado que no se evidenció inobservancia del empleador de algún procedimiento establecido previo a la fulminación del contrato de trabajo y de igual manera a la demandante se le dio la oportunidad de ser escuchada su versión en diligencia de descargos.

La misma suerte por antonomasia, corre la pretensión subsidiaria de indemnización por despido sin justa causa.

#### **SALARIO.**

El artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

En igual sentido, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo

aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras; en la última sentencia citada se dijo:

“En sentencia CSJ SL403-2013, sobre este tipo de acuerdos, la Sala explicó:

*«Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.»*

Y más recientemente, en sentencia CSJ SL1798-2018, sostuvo:

*«[E]s necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).*

*Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas*

*(...) De manera que si emerge la duda sobre los pagos que hacen parte del pacto de exclusión salarial, como se explicó en la sentencia CSJ SL1798-2018, tal situación se resuelve en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos, el estipendio económico es retributivo del servicio, y por lo tanto, con incidencia prestacional”.*

En el *sub lite*, es claro que la demandante se encontraba devengando un rubro denominado *Medios T. Fijos y Variables*, no

obstante, observa la Sala que este era un subsidio de transporte que no se pagaba como contraprestación del servicio que estaba ejecutando la accionante, pues según los testigos de Pablo Daniel Escobar, Patricia Rodríguez Fajardo, Patricia Aldana, María García Moreno, y Antonio López Haz, se pagaba con el fin de reconocer a la trabajadora lo que gastaba transportándose por las rutas que debía realizar como Jefe de Operaciones a los diferentes puntos del país, por lo que, en tal sentido no se puede tener como salario, lo que encuentra asidero en lo manifestado por la actora en interrogatorio de parte, esto es, que por su cargo como Jefe de Operaciones debía realizar diversos desplazamientos, y que la mayor parte de tiempo no estaba en la ciudad de Bogotá, razones por las cuales en el punto se CONFIRMARÁ la sentencia consultada.

#### **DISFRUTE DE VACACIONES.**

Ciertamente, el disfrute de las vacaciones únicamente es posible durante el transcurso de la relación laboral, tal y como lo advirtió la Jueza de Primera Instancia, por lo que, ante su falta de reconocimiento tan sólo resulta dable su compensación económica, rubro que se encuentra fue debidamente pagado a la trabajadora sobre 41,79 días al momento de liquidarse el contrato de trabajo, así como a lo largo de la relación laboral se pagaron vacaciones disfrutadas en enero de 2014 y abril de 2015 según comprobantes de nómina (fls. 113 y 123).

En todo caso, se tiene que, al reclamarse el 24 de mayo de 2016, se logró interrumpir la prescripción de las vacaciones causadas con anterioridad al 24 de mayo de 2013, esto es, hasta las del periodo 2012-2013, puesto que estas se hicieron exigibles el 26 de mayo de 2013, no obstante, el valor de los tres periodos que se logró interrumpir arrojaría la suma de \$4'717.500, y se acreditó el pago de vacaciones disfrutadas por los siguientes valores, \$4'380.985 al momento de liquidar las prestaciones

sociales, de \$907.200 en abril de 2015, y de \$969.848 en enero de 2014, esto es, \$6'258.033.

### **INFORMACIÓN DEL ESTADO DE APORTES A PENSIÓN.**

Al respecto, el párrafo 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

#### **"Artículo 65. (...)**

<Texto o **PARÁGRAFO 1o.** <Ver Notas del Editor> Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido en sentencias como la del 30 de enero de 2007, rad. 29443, reiterada en la SL3670-2019, que el espíritu de la mencionada disposición legal consiste en acreditar por parte del empleador el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, aunado a que es obligación verificar si se actuó o no con buena fe por parte del empleador:

"El párrafo del artículo 65 del C.S.T. establece un mecanismo de coacción a los empleadores para que cumplan cabalmente con el deber de aportar a la seguridad social y contribuciones parafiscales, cuyo incumplimiento, estimado respecto a la época en que termina el contrato de trabajo, -en el día de su finalización y dos meses más, se sanciona con la ineficacia de la terminación-; sólo es válido el despido cuando se han cubierto las obligaciones de pago de los aportes a las instituciones del sistema de seguridad social por el trabajador, en un plazo que no puede exceder los dos meses luego de concluido el contrato.

La conducta empresarial enderezada a evitar la drástica sanción del artículo 65 del C.S.T. -la obligación de pago de salarios y prestaciones sociales, hasta tanto no se satisfagan las deudas con las administradoras respectivas-, ha de contribuir a la

Demandante: **DISNEY BENAVIDES VERA.**

Demandado: **CASALIMPIA S.A.**

normalización de las carteras parafiscales de seguridad social, uno de los aspectos necesarios para alcanzar la viabilidad financiera del sistema de seguridad social.

La deuda que origina la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo es la deuda con las administradoras del sistema de seguridad social por cotizaciones para pensiones o salud que se hubieren generado por la prestación del servicio, impagados total o parcialmente, háyase cumplido o no con el deber de afiliación, y no cubiertas durante la vigencia del contrato y sesenta días más; si bien la norma se refiere al *estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato*, lo es para efectos de cumplir con la otra obligación prevista en la misma normatividad, la de comunicar al trabajador el estado de cuentas con las entidades de seguridad social y destinatarias de las otras contribuciones parafiscales.

La causa de la ineficacia del despido radica en el incumplimiento para con las entidades aludidas, y no precisamente por faltar al deber de comunicar el estado de cuentas al trabajador; esto se advierte si se repara en que se puede satisfacer aportando planillas de pago por autoliquidación de los tres últimos meses sin que se hubieren efectuado el de periodos anteriores; aquí como se falta al deber sustantivo del pago de contribuciones opera la sanción.

Por tratarse de una de las sanciones por la omisión en el cumplimiento de deberes patronales, prevista en el artículo 65 del C.S.T., debe seguir las mismas reglas de los otros casos previstos en la norma que la contiene; esto conduce a que dicha sanción no puede operar de manera automática sino que es menester analizar el comportamiento del empleador, no siendo procedente cuando aparezca que estuvo revestido de buena fe".

Así las cosas, encuentra la Sala que el empleador además de asumir el pago de las cotizaciones a seguridad social (fls. 48 a 52), no obró de mala fe, pues por el contrario se verifica que su conducta estuvo encaminada a reconocer sus obligaciones empresariales a lo largo del vínculo contractual, por lo que, en tal sentido no resulta dable imponer la condena en estudio.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS.**

Sin costas en esta instancia.

**VIII. DECISIÓN**

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

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

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

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

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

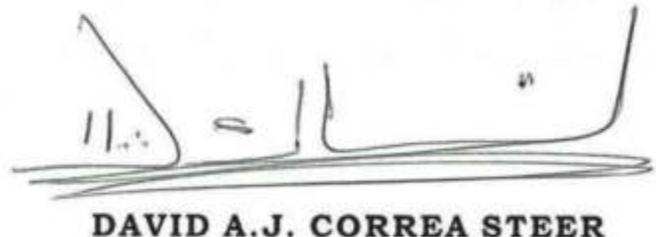
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2017-00734 -01.  
Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**  
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de las partes, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. HECHOS.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende que se haga efectiva su decisión de traslado al régimen de prima

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2017-00734 -01.

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

media, la que manifestó oportunamente el 17 de octubre de 2008 ante PROTECCIÓN S.A.

Subsidiariamente, solicita se declare la "nulidad" o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se haga la devolución de los dineros que figuran en la cuenta de ahorro individual, que COLPENSIONES acepte dichos recursos, y que efectúe el pago de una pensión de vejez, a partir del 18 de diciembre de 2018.

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

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 56 a 64), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Expuso que la demandante escogió por su propia voluntad el régimen en el que quería estar afiliada; que el consentimiento de la accionante se vio ratificado al permanecer más de 22 años afiliada al fondo privado; que la actora está inmersa en la prohibición legal de trasladarse, pues al momento de solicitar su traslado contaba con 51 años; y que ésta no contaba con 15 años

de cotización al 01 de abril de 1994 para poder retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo.

En último término, señaló que operó la excepción de prescripción, pues se solicitó el retorno a COLPENSIONES, luego de que transcurrieran más de tres años de haberse efectuado el traslado de régimen pensional.

Por otra parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 88 a 99) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

Expresó que sus actuaciones siempre han estado revestidas de buena fe y legalidad, de modo que las personas afiliadas lo han hecho de forma libre y voluntaria; que prueba de lo anterior es el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994; que brindó una asesoría completa y comprensible a la accionante; que la afiliación se realizó de conformidad con la normatividad de la época, motivo por el que siempre ha capacitado a sus asesores comerciales para que puedan brindar una asesoría clara, completa e integral; y que a la actora se le informó de la posibilidad de optar por una pensión cuando alcanzara el 110% de una pensión mínima sin contar con la edad pensional, del beneficio de la garantía de pensión mínima, de los excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial del capital acumulado, entre otras características del régimen.

Así mismo adujo, que la actora no ejerció el derecho de retracto ni efectuó su traslado en el año de gracia que estableció el Decreto 3800 de 2003; que con el Decreto 3099 de 2015

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2017-00734 -01.

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

cambiaron las tablas de mortalidad, por lo que no era posible prever estas modificaciones financieras, de modo que una proyección pensional al momento del traslado hubiera sido inane; que también es obligación de los consumidores financieros informarse sobre los productos que adquieren, y revisar los términos y condiciones del contrato; que la proyección pensional realizada por la demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión; que la accionante fue reasesorada previo al cumplimiento de la edad de 57 años y, a pesar de manifestar que quería retornar al régimen de prima media, con su inactividad convalidó su deseo de permanecer en PROTECCIÓN S.A.; y que la acción rescisoria de un contrato goza de cuatro años, por lo que al no incoarse en tal término, operó la excepción de prescripción.

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

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 26 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria:**

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR Y PRESCRIPCIÓN propuestas por las demandadas.

**SEGUNDO:** Se **ABSUELVE** de la pretensión principal alusiva a que se acate la voluntad de la demandante de retornar a COLPENSIONES, y **DECLARAR** que el traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCIÓN S.A, fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

**TERCERO: DECLARAR** que la actora se encuentra válidamente afiliada, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a cargo de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

**CUARTO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de aseguradoras, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, sin que haya lugar a descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos con su propio patrimonio.

**QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos a favor de la demandante que efectúe PROTECCIÓN S.A y convalidarlos

en la historia laboral, debiendo acudir incluso si es necesario a las acciones de cobro, administrativas o cualquiera que le asisten, para procurar el traslado de la totalidad de dineros.

**SEXTO: ORDENAR** a COLPENSIONES que una vez efectuado ese traslado de fondos por parte de PROTECCIÓN S.A, proceda al estudio de la prestación pensional de vejez, en el marco normativo que invoca la demandante.

**SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS** a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A, En firme esta sentencia, por Secretaria practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte.

En síntesis, refirió que la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, y la Circular 016 de 2016, establecen el deber previo a cualquier traslado de efectuarse una doble asesoría, no obstante, en el caso, únicamente está acreditado que quién brindó la reasesoría fue el fondo privado, y que COLPENSIONES tuvo desconocimiento del deseo de la actora de efectuar su traslado de régimen pensional.

Señaló que del formulario de afiliación no se logra extraer que a la accionante se le brindara una información clara y suficiente acerca de las condiciones y características del régimen de ahorro individual con solidaridad; que del interrogatorio de parte no se logra desprender ningún tipo de confesión; y que la consecuencia de la falta al deber de información es la ineficacia del traslado, por lo que PROTECCIÓN S.A. deberá remitir la totalidad de los valores que recibió por concepto de afiliación, incluyendo gastos de administración.

Concluyó expresando que no es dable estudiar la prestación pensional al estarse definiendo apenas la ineficacia de traslado, y no tenerse el marco para efectuar dicho reconocimiento, por lo que, tan pronto se reciban los aportes por parte de la administradora, COLPENSIONES deberá estudiar si hay lugar al pago de la pensión; que no opera la excepción de prescripción, al estarse frente a un derecho ligado a la seguridad social.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **PARTE ACTORA.**

Expresó que se debe modificar el numeral segundo de la sentencia, por cuanto el traslado se debió efectuar teniendo en cuenta la petición que la actora elevó oportunamente ante PROTECCIÓN S.A., pues el hecho de no haberse formalizado tal procedimiento no le quita validez a la manifestación realizada por la demandante de trasladarse al régimen de prima media; y que es dable efectuar el reconocimiento pensional, ya que al declararse la ineficacia, las cosas vuelven a su estado anterior, lo que permite que se reconozca la pensión al cumplir los requisitos de edad y tiempo, lo que es exigible desde el 18 de diciembre de 2018.

##### **PROTECCIÓN S.A.**

Expuso frente gastos de administración y seguros previsionales que son descuentos legales, autorizados por la Ley 797 de 2003, que opera también en el régimen de prima media; que se generaron rendimientos financieros, por lo que, de efectuar la devolución de estos valores genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por estar recibiendo una comisión que ni siquiera está dirigida a financiar la pensión de la accionante; que por lo dicho, debe operar el fenómeno de las restituciones mutuas, y en tal sentido abstenerse de reconocer tales valores; que según concepto de la Superintendencia de Sociedades cuando se declara la ineficacia de un traslado, no es posible la devolución de los rubros en estudio, pues se debe respetar la gestión efectuada por la administradora en el destino de los rendimientos logrados por ésta; y que los seguros previsionales cumplieron su objeto, esto es, proteger a la accionante de los riesgos de invalidez y muerte.

### **COLPENSIONES.**

Indicó que únicamente recibió una solicitud de traslado pensional cuando la demandante ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal de traslado del artículo 12 la Ley 797 de 2003; que COLPENSIONES cuenta con diferentes mecanismos de información para efectuarse el traslado pretendido; que en interrogatorio de parte la demandante señaló que no recordaba la información que le fue suministrada por el asesor, por demás que para el año 1994, no había un deber adicional a brindar una información que podía ser verbal y la suscripción de un formulario de afiliación, el que obligaba al fondo privado a afiliarse a la actora; que la demandante no acreditó 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para efectuar su traslado en cualquier tiempo; y que al no hacer parte del proceso de afiliación no resulta dable que se le imponga condena por concepto de costas.

### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar<sup>1</sup>, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

---

<sup>1</sup> Decreto 806 de 2020

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si es dable efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990.

### **AFILIACIÓN A REGÍMENES PENSIONALES.**

El artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 reconoce el derecho que tiene toda persona a elegir libremente el régimen pensional al cual quiere pertenecer. Este derecho comprende la facultad que tiene toda persona de optar en un primer momento por el régimen al cual desea pertenecer, así como de trasladarse de un régimen a otro, conforme a los requisitos establecidos por la ley. Al punto, la norma en cita establece:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

De esta manera surge que el afiliado se puede trasladar o cambiar de régimen cada cinco años, y que no es dable efectuar

tal traslado cuando falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Así mismo, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 establece que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria **por parte del afiliado**; que quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora; que efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Financiera, el que deberá contener entre otros datos, Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa, pues de lo contrario la afiliación no se considera válida. La norma en comento establece:

**"ARTICULO 11. DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCION Y VINCULACION.** La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado".

De esta manera, es claro que es el afiliado quién goza de toda la libertad y autonomía para escoger el régimen que prefiera, y manifestar su voluntad de cambiar de régimen a través de la suscripción de un formulario de afiliación, señalando la administradora a que quieren pertenecer, pues de lo contrario su traslado no se considera válido.

#### **INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una

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

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el

afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

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

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

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

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable (...)

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

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

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

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

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

(...)”. (Negrillas por la Sala).

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos**, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que

en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema

público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

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

#### **Caso concreto.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 14 de febrero de 1985 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 32 a 34; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., el 24 de agosto de 1994 (fl.100); **iii)** El 17 de agosto de 2008 se efectuó reasesoría pensional por parte de PROTECCIÓN S.A., en la que la actora manifestó que se trasladaba al I.S.S. (fl.35); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 27 de agosto de 2019, ante COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A., pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 20 a 29 y medio óptico de folio 65).

Así las cosas, sea lo primero aclarar que si bien en la reasesoría pensional del 17 de agosto de 2008, se puso de presente que era deseo de la accionante trasladarse al I.S.S. no se encuentra en el plenario ninguna prueba de que tal manifestación se hubiera elevado ante el administrador del régimen de prima media para considerar como válido su traslado, por lo que, en tales condiciones no es dable acceder al cambio de régimen, únicamente con tal fundamento; no obstante, se advertirá desde ya, que dicha omisión de la administradora en relación con los datos necesarios para un eventual traslado no es más que un elemento adicional para deprecar la falta de información que ésta suministraba a su afiliada para que pudiera entender el funcionamiento de los regímenes pensionales y, en tal sentido, hacer la selección del que más se adecuara a sus intereses.

Dicho lo anterior, tenemos que a folio 100 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 24 de agosto de 1994 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma voluntaria, libre, y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*<sup>2</sup>.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en

---

<sup>2</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que ésta se limitó a exponer que al momento de la afiliación únicamente le fue informado que el I.S.S. se iba a acabar, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, y que no recibió información de que sus aportes estarían destinados a una cuenta de ahorro individual, que eran los rendimientos, así como tampoco de la posibilidad de que fueran heredados sus aportes, por lo que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es precaria, y de ella no es viable derivar una confesión.

Así mismo, conforme las consideraciones jurisprudenciales extensamente expuestas, con la reasesoría brindada por PROTECCIÓN S.A. el 17 de agosto de 2008 y a la que alusión la accionante en su interrogatorio de parte, tampoco logra los efectos anhelados con la apelación porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio de los representantes legales de PROTECCIÓN S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

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

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2017-00734 -01.

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **CONFIRMARÁ** la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Henna Rosa Celis Albarracín del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a las cuotas de administración y seguros previsionales para la cobertura de invalidez y sobrevivencia que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

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

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*

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

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

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

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

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con

prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de gastos de administración y/o seguros previsionales que se hubieren cobrado por parte de PROTECCIÓN S.A., pues al existir una conducta indebida de ésta, debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio.

Pese a lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados; ello como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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

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

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente

someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

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

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

#### **PENSIÓN DE VEJEZ.**

La demandante pretende, además de la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen, que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez.

Al punto, vale precisar que si bien la actora se encontraba afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., y que se confirma la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia de su traslado de régimen pensional, lo cierto es que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, entidad que solo deberá asumir el pago de la pensión cuando reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados en el reporte de historia laboral la totalidad de las semanas de la accionante, pues solo en dicho momento se podrá efectuar la corrección de la historia laboral y estudiar la

posibilidad de efectuar el eventual reconocimiento y pago de la pensión aquí pretendida.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la decisión establecida por el A Quo.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se confirman frente a PROTECCIÓN S.A., y se REVOCARÁN frente a COLPENSIONES, por considerarse que no intervino en el acto de traslado de la accionante.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

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

**PRIMERO.** - **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los correspondientes gastos de administración debidamente indexados, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.** - **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo** de la sentencia en cuanto impuso costas a cargo de COLPENSIONES, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la imposición de costas.

**TERCERO.** - **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2017-00734 -01.

Demandante: **HENNA ROSA CELIS ALBARRACÍN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
*Aclaro Voto!*

Código Único de Identificación: 11001310501820180054301

Demandante: **ROGELIO DELGADO GALLEGO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

**AUTO**

Téngase por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 06 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ROGELIO DELGADO GALLEGO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante el 27 de enero del 2000 del ISS a Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante y a esta última a recibirlo sin solución de continuidad y proceda a corregir y actualizar la historia laboral.

Fundamenta sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

1) Nació el 14 de septiembre de 1960; 2) Se afilió al ISS el 2 de noviembre de 1984; 3) El 27 de enero del 2000 se trasladó del ISS a Porvenir S.A.; 4) Esa aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió; 5) Hasta el 31 de agosto de 2018 ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1.398 semanas; 6) Porvenir S.A. debió informarle, antes del 14 de septiembre de 2012, la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; 7) Porvenir S.A. le informó que su pensión de vejez en el RAIS sería de \$1.345.472 para el año 2022, fecha en la que cumplirá los 62 años; en Colpensiones su mesada pensional sería de \$4.420.459; 8) Elevó derechos de petición ante Porvenir S.A. y Colpensiones el 3 de septiembre de 2018 solicitando la nulidad del traslado de régimen.

**Actuación Procesal.**

**II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 67 a 81 y 115), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Adujo que el demandante, por decisión propia solicitó su afiliación al RAIS, suscribiendo los formularios para el efecto, y dicha voluntad se vio ratificada con los más de 15 años que ha realizado cotizaciones al RAIS, máxime cuando el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes.

Indicó que, revisado el expediente administrativo se observa que el demandante no elevó solicitud alguna concerniente al traslado, que hubiera podido solicitar ante Colpensiones sobre información sobre las diferencias entre los regímenes con anterioridad al año 2018, situación que permite establecer que, para la fecha en que elevó la solicitud de nulidad de traslado, el accionante se encontraba inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 pues ya contaba con 58 años y no contaba con los 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994, pues para dicha data tenía 34 años y no había realizado cotizaciones por 15 años de servicios, aunado al hecho que para el año 2000, fecha del traslado, contaba con 438.71 semanas cotizadas y tenía 40 años de edad, es decir que tampoco para dicha calenda contaba con una expectativa legítima que pudiese llegar a dejar sin validez el traslado.

**PORVENIR S.A.** (fl. 90 a 113) se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de mérito denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad de traslado resulta improcedente, por cuanto la afiliación del demandante no contiene vicio alguno en el consentimiento por él expresado al momento del surgimiento del acto jurídico de la afiliación a esa AFP y por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen realizada por el actor.

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

Finalizó diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que lo lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

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

El *a quo* dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**"PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor Rogelio Delgado Gallego identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.251.435 de Manizales, a la AFP Porvenir S.A., suscrita el 27 de enero del año 2000, por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la AFP Porvenir S.A., a trasladar todos los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individual y tenerlos como semanas debidamente cotizadas, de conformidad con lo ordenado en precedencia.

**CUARTO:** DECLARAR NO probada la excepción de prescripción, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la litis. (...)”

En síntesis, indicó el A Quo, que la H. Corte Suprema de Justicia se ha referido a términos como ineficacia, nulidad e invalidez del traslado; indica que, se habla de ineficacia del traslado cuando se ve inmersa la afectación de la voluntad del cotizante, no existe decisión informada por parte de la AFP e información suficiente para el afiliado y se ha hablado de nulidad del traslado cuando el afiliado, habiendo alcanzado el derecho a la pensión en el RPM y a pesar de informar a la entidad el contenido de su historia laboral, y él mismo admite la afiliación al enterarse de las reales consecuencias del traslado.

Expuso que en sentencia del 8 de mayo de 2019, la Corte reiteró que el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97 numeral 1° prescribió que las entidades tienen la obligación de suministrar a sus afiliados la información de los servicios que prestan, la cual es necesaria para lograr una mayor transparencia, de suerte que les permitan a los afiliados tener elementos de juicio claros y escoger los mejores servicios del mercado, con lo que se ve que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente al afiliado, que le permitiera elegir entre las diferentes opciones del mercado aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Indicó que dicha sentencia expuso que aquel consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, demuestra un consentimiento pero no informado, que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, pues es quien alega

que no recibió la información debida al momento de su afiliación, lo que corresponde a un supuesto negativo que no puede ser demostrado materialmente por quien lo invoca, encontrándose la AFP en mejor posición de demostrar que suministró la información veraz y suficiente, que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con una suerte de expectativa o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado, pues la violación al deber de información se predica de la validez del acto jurídico.

Para el caso bajo estudio indicó, que obra a folio 99 el formulario de afiliación suscrito por el demandante con Porvenir S.A. el 27 de enero del 2000, sin que se evidencie que por parte de dicha AFP se le haya suministrado al afiliado la información clara y precisa sobre las características, condiciones y consecuencias del cambio de régimen, pese a que la carga de la prueba correspondía a dicha administradora sin que tampoco puede admitirse el argumento que hace referencia a que el accionante firmó libre y voluntariamente el formulario, ya que la libertad presupone el conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión de información suficiente y no hay autodeterminación suficiente conforme lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

##### **PORVENIR S.A.**

Precisó que, el RAIS es un régimen creado legalmente y avalado constitucionalmente, que no ha sido derogado ni declarado inexecutable, por ello, por el simple hecho de estar afiliado no se puede decretar un perjuicio o nulidad a alguien que no tiene la ni la edad de pensión en el RPM, por lo que solicita dar aplicación a la sentencia de este Tribunal con radicado 029201800387 del 4 de septiembre de 2020 M.P. Dr. Lorenzo Torres Russi, en la que se revocó una nulidad de afiliación la cual se sustentaba en una pensión que era inexistente para el momento del traslado en el año 2000 por cuanto el valor de la mesada se determina en el RPM con el promedio de los últimos 10 años, en cambio en el RAIS es con los aportes y ahorros de toda su vida, aunado a ello, en este caso, Porvenir es financieramente sostenible y el RPM debe de ser subsidiado con los impuestos de todos los colombianos.

Solicitó de manera subsidiaria y en caso de que no se revoque la sentencia en su totalidad, se revoque el numeral 2 de la sentencia respecto de la orden de devolución de gastos de administración teniendo en cuenta que en el RPM se tendrían gastos de administración y porque debido a la buena administración de los recursos, no solamente se van a devolver los aportes sino rendimientos, lo cual no se hubiera generado de no haberse trasladado, siendo este un beneficio que el demandante tuvo gracias a la buena administración.

Expuso que, si en gracia de discusión, si la ineficacia es dejar todo en su estado natural, no deberían devolverse los rendimientos, sino solo los aportes indexados por cuanto los rendimientos obedecen a la buena administración

y debido a que el artículo 20 de la ley 100 del 93 modificado por el artículo 7 de la ley 797 del 2003 concluye que los montos sobre los cuales se calcula el IBL incluye los montos que deben destinarse cuando se contratan los seguros previsionales a efectos de reconocer pensiones de invalidez y sobrevivencia así como sufragar los gastos de administración del sistema de pensiones a cargo de las AFP respectivamente y en tal sentido, con los gastos de administración se contrataron los seguros, por lo que en caso de que el afiliado hubiese fallecido o hubiese quedado inválido se le garantizaría la pensión de sobrevivencia a su herederos o la pensión de invalidez a él mismo, si tal fuera la situación y por ello no se puede condenar a devolver gastos de administración que implícitamente tienen los valores de la mesada de pensión de los seguros de sobrevivencia e invalidez por cuanto son seguros de los cuales el afiliado se benefició, siendo preciso indicar que si hubiera ocurrido un siniestro de estos, fuese Colpensiones o Porvenir, el valor de la mesada en esos casos sería igual en ambos regímenes.

### **COLPENSIONES**

Precisó que, el demandante no reúne los requisitos legales para regresar al RPM toda vez que no está cobijado bajo el régimen de transición y se encuentra bajo la prohibición legal del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 del 2003, ya que debía solicitar su retorno al RPM cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de edad y así poder adquirir su derecho a la pensión, encontrándose así válidamente afiliado al RAIS.

Indicó que se verifica que el error que se alega en la presente demanda no es otro que el contenido en el artículo 509 del Código Civil, esto es el error sobre un punto de derecho, el cual, se encuentra suplido con el paso del tiempo ya que ha sido reiterado por parte del demandante.

Precisó que se afecta el principio de sostenibilidad financiera que se basa en los principios de equidad e igualdad de quienes realmente se encuentran efectuando cotizaciones a Colpensiones, pues otorga la ineficacia de traslado a pesar de encontrarse el demandante bajo la prohibición de la Ley 797 del 2003, máxime cuando se observa que la afiliación se encuentra válidamente realizada conforme a los más de 20 años que el demandante ha permanecido en el RAIS.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 4 de mayo de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) del demandante y la demandada Porvenir S.A., quienes reiteraron lo expuesto en la demanda, contestación y recurso interpuesto.

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

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

## **V. CONSIDERACIONES**

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

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo

pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009  Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos régimenes pensionales.

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

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP,

sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

(...)

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

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

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

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

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

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía

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

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

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

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,** quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

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

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

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

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

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos**, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

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

De otro lado en sentencia posterior y al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la

calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

## VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 02/11/1984 (Fl. 26); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 27/01/2000 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl. 99); y **iii)** el día 03/09/2018 (fl. 36 y 49) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las demandadas.

Pues bien, a folio 99, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 27/01/2000 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

encartada Porvenir S.A. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia**, y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial

o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

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

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, reiterándose que resulta inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido, acertada resulta, la decisión de primera instancia, al ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexadas.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos

e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

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

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ellos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que **SE ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado en el sentido que omitió ordenar la devolución de cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

En cuanto a lo argüido por Colpensiones en su recurso de apelación, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Así mismo en cuanto a lo argüido por la misma entidad de pensiones, respecto de la ratificación del traslado de régimen del demandante al haber permanecido en este por más de 20 años, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo o el pago de los aportes en el RAIS.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado*

*de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

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

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

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

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

**PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido por concepto de gastos o cuotas o gastos de administración debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Código Único de Identificación: 11001310501820180054301

Demandante: **ROGELIO DELGADO GALLEGO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

*Aclaro Voto!*

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **NUBIA RODRÍGUEZ CUBILLOS** promoviese contra **KAMEX INTERNATIONAL S.A.S.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 11 de julio de 2002 al 11 de octubre de 2017. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización por despido sin justa causa.

## **1.2. HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Fue contratada el 11 de julio de 2002, mediante contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de Promotora de Ventas; **2)** Devengaba \$1'286.523; **3)** Cumplía un horario de lunes a viernes de 8:00 A.M. a 6:00 P.M., y los sábados de 8:00 A.M. a 12:00 M; y **4)** Fue despedida el 11 de octubre de 2017 sin justa causa.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

**KAMEX INTERNATIONAL S.A.S.** (fls. 45 a 52), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepción de mérito la que denominó, inexistencia de las obligaciones demandadas.

Aceptó que contrató a la actora el 11 de julio de 2002, y que laboró hasta el 11 de octubre de 2017; que la demandante devengaba \$1'286.523; que el contrato celebrado era a término indefinido; que la accionante desempeñó el cargo de Promotora de Ventas; y que cumplía un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 A.M. a 6:00 P.M., y el sábado de 8:00 A.M. a 2:00 P.M.

Indicó que terminó el contrato de trabajo de la actora por cuanto ésta tiene el deber de atender diligentemente a los usuarios de la empresa; que ha celebrado contratos para el suministro de elementos o productos ordenados por fórmula médica; que el 25 de agosto de 2017, recibió queja por parte de la Armada Nacional, por cuanto el 16 de agosto de 2017, la esposa del paciente José David Díaz Murillo fue atendida por la accionante para lograr la entrega de un brace articulado de rodilla con refuerzo lateral a 30°, el que estaba dentro de los productos de la empresa, no obstante, la demandante manifestó

que no lo había y que debía la usuaria remitirse a otra entidad para lograr la entrega del elemento requerido y que la accionante fue reincidente en conductas de la misma naturaleza.

En último término, manifestó que agotó el correspondiente procedimiento disciplinario para efectuar el despido de la actora; y que en diligencia de descargos, la accionante reconoció su falta.

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

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió el A Quo que, con la carta de terminación del vínculo laboral se encuentra acreditado el hecho del despido; que la accionante fue despedida por cuanto la demandada recibió una queja, en la que una usuaria de la Armada Militar informó que ésta fue remitida a otra entidad para lograr la entrega de un productor ortopédico, pese a que la empresa tenía un convenio con la Armada y tal situación podía poner en riesgo tal relación; que la actora en diligencia de descargos aceptó que incurrió en tal equivocación; que de la prueba testimonial es dable establecer que no fue la Armada Nacional quien presentó la queja sino que fue la usuaria, que la accionante sí omitió la entrega del elemento ortopédico y remitió a la actora a otra entidad, y que la demandante omitió cumplir el procedimiento de la empresa ante la ausencia de un elemento a suministrar; que no se persiguió la nulidad de la actuación de descargos, por demás que los testigos de la parte demandada fueron claros en manifestar que la accionante en ningún momento fue objeto de presión; y que la actuación que desplegó la actora estuvo en contra de los intereses de la empresa, pues ante la omisión de atender una usuaria, tal situación pudo poner en riesgo la relación comercial que tenía con la demandada con ésta, lo que denota un incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

##### **PARTE ACTORA.**

Manifestó que para que haya lugar a la terminación del contrato de trabajo es necesario que exista un perjuicio, que se debe verificar si es objetivo, esto es, si es un factor económico, o subjetivo, un factor disciplinario en que incurrió; que la actora incurrió en la conducta una sola vez, tal y como fue mencionado por los testigos; que no se garantizó el debido proceso, ya que lo que se exhibió no fue el correo remitido con la queja sino el audio; que no existe prueba del manual de funciones de la accionante, o del instructivo de lo que debía realizar la trabajadora en la empresa; que se presume que el actuar es una falta grave, no obstante, no está tipificado como tal en reglamento o en el contrato de trabajo; que la usuaria señaló que el producto no estaba en tres puntos, de manera que la accionante sí tenía certeza que el producto no existía, remitiendo en tales condiciones a su cliente a otra entidad; y que la Armada Nacional no tuvo conocimiento de los hechos, por lo que no se puede entender que existió un perjuicio, no hubo una afectación contra la empresa.

##### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si el empleador logró demostrar la justa causa de despido que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo de la demandante.

### **DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una

terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Por otra parte, y en relación con que el despido no causó un **perjuicio económico o daño a la empresa demandada**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3796-2020 que reiteró la SL19449-2017, señaló:

“Finalmente, el hecho de que la conducta del demandante no le hubiera representado riesgo alguno al banco, ni ningún perjuicio patrimonial, no es relevante para desdeñar su gravedad, pues tal cualidad no atiende a los efectos, dañosos o no, que produzca el reprochable comportamiento del trabajador. Sobre este aspecto, en sentencia del 7 de julio de 1958 del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, reiterada en las providencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, y CSJ SL19449-2017, se dijo:

*La conexidad entre el hecho grave y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es grave no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos. La gravedad - cuyo neto sentido etimológico es peso - y que resulta de tan difícil medida para el juzgador, suele ser, como en el caso del acuerdo 8° del art. 62 del C.S. del T., el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato, etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra. Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves, sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen el juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los arts. 58 y 60 del C. S. del T., y su violación grave, expresada así por el ord. 8° del art. 62 ibídem, el juzgador califica, con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos.” (GJ. LXXXVIII, números. 2199, 2200, 2a parte, página 819).*

Corolario de lo expuesto, se colige que en este puntual aspecto de la decisión, el Tribunal no cometió ningún desaguizado”.

De igual manera, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral ha establecido que cuando el trabajador incurre en una violación grave de sus deberes no es necesario que se materialice un perjuicio patrimonial o que exista intencionalidad del trabajador, basta con la acreditación de la falta grave. Al punto, en sentencia del 09 de mayo de 2000, Rad. 13398 reiterada en la SL232-2020, se dijo:

"Conviene anotar que si una conducta de un trabajador, como en este caso sucede, constituye una grave negligencia que pone en peligro las personas o las cosas de la empresa, no es menester que la negligencia del empleado produzca un perjuicio al patrono, pues para que se configure la justa causa de despido basta con poner en peligro bien sea a las personas o a las cosas, por cuanto así claramente resulta de lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, que a la letra dice: "Todo daño material causado intencionalmente a la otra parte, a los edificios, obras, maquinarias, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas"

En similar sentido, en sentencia del 14 de agosto de 2012, rad. 39518, se aseveró:

"c) En la sentencia del 7 de julio de 1958, el extinto Tribunal Supremo de Trabajo, razonó:

La conexidad entre el hecho grave y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es grave no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos. La gravedad - cuyo neto sentido etimológico es peso - y que resulta de tan difícil medida para el juzgador, suele ser, como en el caso del acuerdo 8° del art. 62 del C.S. del T., el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato, etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra. Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves, sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen el juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los arts. 58 y 60 del C. S. del T., y su violación grave, expresada así por el ord. 8° del art. 62 ibídem, el juzgador califica, con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las

circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos." (GJ. LXXXVIII, números. 2199, 2200, 2a parte, página 819).

d) También ilustra la cuestión debatida, la doctrina recibida por esta Sala de la Corte en providencia del 13 de noviembre de 1964, en la que se dispuso:

Conviene, sin embargo, para efectos de la unificación jurisprudencial encomendada a la Corte, rectificar la tesis demasiado absoluta del ad quem respecto de la aplicación del ordinal 8° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, y que habla de <violencia grave> o <falta grave>, y no de <culpa grave>. No es exacto que la facultad consagrada en esa norma esté condicionada al <animus nocendi> del infractor, esto es, a su intención de causar daño a la contraparte. Cumplidos los presupuestos que allí se determinan (gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la gravedad de la falta en pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato individual o reglamento y agotamiento del respectivo procedimiento convencional o reglamentario), puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del inferior".

Del análisis de la recensión jurisprudencial en precedencia, emergen consiguientemente, las siguientes conclusiones: (i) en la primera de las hipótesis estatuida en el mencionado numeral 6° de la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave; (ii) en el segundo supuesto la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta; (iii) para que se configure la falta grave así como como la grave negligencia no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio o beneficio para el dador del laborio, y (iv) la falta grave y la grave negligencia no se encuentra condicionada al "animus nocendi"(intención de causar daño) del trabajador." (Subrayado por la Sala).

Finalmente, y en relación con el debido proceso que señala la impugnante como vulnerado al momento de llevarse a cabo la diligencia de descargos, es necesario precisar, que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL15245-2014** y **SL2351-2020**, ha explicado que si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia **SL2351-2020**.

### **DEL CASO EN CONCRETO.**

#### **De lo probado en el proceso:**

- i)** Nubia Rodríguez Cubillos fue contratada por Kamex International S.A.S., a partir del 11 de julio de 2002, para desempeñar el cargo de Promotora de Punto de Venta, con un salario mensual de \$535.600 (fls. 11 a 15).
- ii)** Los días 09 de febrero y 01 de abril de 2015, el empleador efectuó llamado de atención a la demandante, la primera vez por cuanto el 23 de septiembre de 2014, entregó dos pares de medias, cuando únicamente se había autorizado la entrega de un par (fls.58 a 65) y la segunda además se le impuso sanción salarial, por cuanto el 23 de septiembre de 2014, entregó planillas removibles cuando se había autorizado la entrega de ortopédicos futuro (fls.66 a 75).
- iii)** El 09 de julio de 2015, a la accionante se le efectuó llamado de atención y se le impuso sanción salarial, por cuanto se incumplieron los protocolos de manejo de caja (fls. 76 a 82).
- iv)** El 19 de enero de 2016, la actora rindió descargos por cuanto hacía falta un inventario en la Sede Santa Barbara, donde ella se encontraba, por lo que se le hizo un llamado de atención y se le impuso una sanción salarial (fls. 83 a 90).

- v) El 29 de diciembre de 2016 y el 10 de febrero de 2017, se le hizo un llamado de atención y se le impuso una sanción salarial por haber incumplido nuevamente sus obligaciones frente al inventario de la empresa. (fl. 91 a 101).
- vi) El 05 de septiembre de 2017 se levantó acta de descargos en los que la accionante manifestó: i) que conoce sus funciones, las que versan en brindar el servicio al cliente, ser amable, entregar lo que se está solicitando en la prueba médica; ii) El proceso para la entrega de productos, es solicitar la fórmula, entregar el productor si se tiene disponible, y en caso que no, solicitar su elaboración; iii) El producto brace articulado de rodilla con refuerzo lateral de 30° de flexión está en los puntos de venta y en todas las tallas; iv) Que en caso que no esté el producto en el punto de venta se puede ubicar en otro almacén; y v) Cometió un error el 25 de agosto de 2017 al informarle a una usuaria que no tenía un producto que requería; que no le dio información adicional a la paciente por cuanto el producto no se encontraba en el punto de venta, y estaba agotado, quizá por esto le dijo que la entidad (Armada Nacional) la debía remitir a otro lado (fls. 16 a 18 y 105 a 113).
- vii) El 11 de octubre de 2017 se dio por terminado el contrato de trabajo de la actora, por cuanto el 25 de agosto del mismo año, reportó una queja del cliente Armada Nacional, en la que se informa que la esposa del paciente José David Díaz Murillo, solicitó la entrega de un brace articulado de rodilla con refuerzo lateral de 30°, empero, que se le respondió, señalándose que no había y que podía remitirse a la entidad para que fuera atendida por otra empresa diferente a KAMEX INTERNATIONAL S.A.S.; y que ha sido reincidente en faltas de la misma naturaleza (fls. 19 y 20).

**viii)** El 11 de octubre de 2017 le fue efectuada la liquidación final de prestaciones sociales a la demandante, sobre la que existe constancia de pago (fls.21, 22 y 116).

Igualmente, en **interrogatorio de parte la demandante** informó que sus funciones eran las de atención al cliente, dentro lo que se encontraba la atención de llamadas; que en el anterior escenario tenía que verificar que el dispositivo que pidiera el usuario estuviera disponible en el punto de venta; que en caso que no existiera el producto en la tienda se tenía que verificar si estaba en otro punto; que le dijo a una usuaria que no existía el producto y que tocaría que la entidad la enviara a otra parte, pero que no nombró otra empresa; que en los descargos aceptó su error porque la hicieron sentir culpable, estaba asustada; que el proceso que se seguía cuando un producto no existía o si estaba pero no había llegado, era corroborar si iba a arribar a los puntos de venta, la mayoría eran importados, otros eran de la empresa; que no llamó a la empresa porque llevaba varios días sin que llegara el producto; y que pese a que el producto lo fabrica la empresa, no averiguó si se estaba fabricando.

De igual manera, comparecieron a rendir testimonio **Nidia Esperanza Alvarado Palomino, Julia Janet Castaño Cuevas, y Paola Jasmin Sánchez Palacios**, quienes manifestaron lo siguiente:

**Nidia Esperanza Alvarado Palomino** dijo que estuvo en la empresa demandada de octubre de 2008 a octubre del 2012; que cuando ingresó a la empresa, la actora ya estaba trabajando; que la actora salió de la empresa por un inconveniente que hubo con un insumo que debía entregar a un paciente de uno de los convenios que manejaba la empresa; que tenían reuniones de puntos de venta en las que se informaban los insumos que no había en las tiendas o si estaban agotados; que si el insumo no estaba, se le comentaba al paciente, y si éste quería esperar le

decían cuanto demoraba o que no sabían cuánto se demoraba; que se le daban las diferentes opciones al cliente; que no se podía mencionar otra empresa adicional que trabajara en el mismo campo, esto era directriz de la empresa; que lo prohibido era nombrar una empresa rival para redireccionar a los usuarios; que tenían que verificar si el producto estaba en el punto de venta o en otras tiendas, pero como habían productos de alta rotación y que tenían un stock bajo, se agotaban fácilmente, por lo que era claro que no estaban disponibles; que tenían comunicación diaria, y cuando un producto estaba agotado no había necesidad de llamar a otra tienda a verificar, porque si ya llevaba tres o cuatro días el producto no iba a estar; que las ortesis eran de alta rotación y de stock bajo; y que el proceso era de pronto dejar en espera al paciente si él deseaba, pero si decía que no, o cuando pacientes eran recurrentes y llevaban tiempo esperando, se solicitaba otra opción porque no se podía esperar más por la urgencia.

Por su parte, **Julia Janeth Castaño Cuevas** adujo en su condición de Directora de Gestión Humana de la demandada, que en 2017 se presentó una queja de un cliente de la Armada Nacional; que la compañía tiene varios contratos con entidades de las fuerzas militares para la dispensación de productos ortopédicos; que la queja consistió en que no fue atendido el requerimiento de un usuario de entregar un dispositivo médico, y que dentro del proceso de atención se indicó por parte de la actora que podía ubicar el producto en otra empresa diferente; que la queja la pone el usuario directamente a la empresa dentro del convenio de la Armada Nacional y que es la coordinadora de ventas la que recibe el informe de la situación; que desconoce que la Armada Nacional hubiera tenido conocimiento de la situación; que existe un instructivo documental de entidades que reposa en cada uno de los puntos de venta que administra la empresa, y dentro de esta carpeta está el protocolo paso a paso para que el promotor de ventas asista al paciente y sepa qué hacer cuando un producto no está; que si el producto no está,

las promotoras saben que deben de verificar con su coordinador y ver qué pueden hacer para allegar ese insumo al local para ser entregado, esa coordinadora puede verificar en todos los inventarios de los otros puntos si existe, si existe ese producto, se solicita, y se hace un traslado para que pueda ir al punto y reclamarlo; que cuando incumplen una entrega se pueden tener dificultades con el contrato celebrado con la Armada Nacional, pues la empresa tiene la obligación de comprar, conseguir y dispensar el producto, es la obligación que adquirió con el convenio; que la actora no estaba autorizada bajo ninguna circunstancia a redirigir a un cliente a otra empresa; que a la actora se le dio el debido trato en la diligencia de descargos, y que en este se le puso de presente el audio de la usuaria; que llevan muchos años en el mercado, y esos clientes como la Armada Nacional son muy importantes, son expertos en la dispensación de productos médicos, entonces tienen que garantizar la calidad del servicio; y que el producto que se requería lo fabrican, de modo que si no estaba en ese momento, se debió buscar su existencia.

Finalmente, **Paola Jasmín Sánchez Palacios** como la persona encargada de contratación y gestión humana de la demandada, informó que era la persona que acompañaba como testigo todos los procesos disciplinarios que se generan en la compañía; que fue testigo de los descargos realizados a la actora en el 2017; que a la actora se le puso de presente un audio que envió la supervisora de puntos de ventas, en el que una usuaria hacía una solicitud de un producto ortopédico y la demandante la dirigió a otra entidad; que no se nota en el audio que la demandante buscó o no la información; que en el momento de los hechos, el producto estaba en existencia en el punto como en otros puntos de venta; que las promotoras del punto de venta tienen capacitación, recibían información por parte de la supervisora de punto sobre los procesos que debían de seguir para la atención al cliente y sobre la existencia del producto; que los trabajadores deben revisar las existencia de productos en los

demás puntos de venta, además deben tomar los datos del usuario para poder darle respuesta cuando se hagan las averiguaciones del producto; que se puede llamar al área de producción para ver el estado del producto mediante los canales de compañía; que tienen un convenio con la Armada Nacional, por lo que se debe de dar cumplimiento a este; que desconoce si la Armada se enteró del problema; y que en varias ocasiones la actora había tenido actas de descargos frente al control de inventarios.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte que el hecho generador del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación de folios 19 y 20, en la que quedó plasmado que:

"Dentro de sus funciones como PROMOTORA DE VENTA usted tiene la de atender diligentemente a los usuarios de la empresa o entidades con las cuales KAMEX INTERNATIONAL S.A.S. ha celebrado contratos para suministro de elementos o productos ordenados en fórmula médica. Dicha atención supone verificar claramente si el elemento o producto se encuentra en el punto de venta en que usted labora y si no lo hay entonces debe consultar si existe disponibilidad en el punto de venta para cumplir con los compromisos de nuestra empresa. Ahora bien, de ninguna manera usted está facultada para informarle al cliente o usuario que debe acudir a una empresa diferente para tal efecto.

Ocurrió entonces que el día 25 de agosto del año en curso la Supervisora de Puntos de Venta reportó que nuestro cliente ARMADA NACIONAL presentó una queja por la atención y manejo que usted le dio al requerimiento de la esposa del paciente JOSÉ DAVID DÍAZ MURILLO realizada el 16 de agosto del presente año, para la entrega de un BRACE ARTICULADO DE RODILLA CON REFUERZO LATERAL DE 30°, el cual está dentro de los productos que oferta la empresa. Usted le dijo al usuario que no lo había y más grave aún le manifestó que se remitiera a la entidad para que fuese atendida por otra empresa diferente a KAMEX INTERNATIONAL S.A.S.

Al respecto se observa que usted reconoció claramente sus errores constituyéndose su comportamiento en grave falta que amerita la presente decisión. Es de anotar que su actuación perjudicó a la empresa porque la colocó en posición de incumplimiento con el cliente ARMADA NACIONAL.

Es claro para el empleador que su actuación implicó un grave incumplimiento de su obligación legal y contractual de realizar sus funciones atendiendo las órdenes e instrucciones sobre

procedimientos de atención al cliente y también de la obligación legal de comunicar oportunamente al empleador las observaciones conducentes a evitarle perjuicios.

Por otra parte se observa que usted es reincidente en faltas de la misma naturaleza tal como consta en su hoja de vida donde se registran sanciones disciplinarias”.

Así las cosas, se tiene acreditado el hecho y/o hechos generadores del despido de la demandante, por lo que se procederá a estudiar si estos constituyen o no justa causa. Para cumplir tal cometido, se verificará en primer lugar si era necesario o no agotar un procedimiento previo para llevar a cabo el despido.

De esta manera, la Sala se remite al contrato de trabajo obrante a folios 11 a 15, del que no se logra desprender algún tipo de procedimiento para efectuar el despido; por tanto, se entiende que el empleador garantizó el debido proceso si la decisión de finalizar el vínculo laboral se realizó con base en una justa motivación, por lo que, ponerse o no de presente el correo electrónico que remitió la Supervisora de la accionante no era imperativo, máxime si se tiene en cuenta que en ningún momento se solicitó la declaratoria de nulidad de la diligencia de descargos ni se alegó de forma alguna que la trabajadora fue objeto de dolo o fuerza de algún tipo, en la demanda.

Ahora, y en relación con la acreditación de la justa causa, lo primero que debe advertirse es que del interrogatorio de parte de la demandante se desprende claramente que ésta tenía las funciones de atención al cliente, en las que se encontraba el recibo de llamadas; que tenía que verificar que el dispositivo que pidiera un usuario estuviera disponible en el punto de venta; que en caso de que no existiera el producto en la tienda, se tenía que verificar si estaba en otro punto; y que hay productos que fabrica la empresa, por lo que es dable averiguar si se estaba fabricando; afirmaciones que fueron corroboradas por los testigos Nidia

Esperanza Alvarado Palomino, Julia Janeth Castaño Cuevas, y Paola Jasmin Sánchez Palacios.

Dicho lo anterior, observa la Sala que la razón principal del despido fue que la demandante ante la llamada de una usuaria, solicitando un producto ortopédico, se limitó informarle que este no se encontraba sin verificar en el punto de venta, en otros puntos de venta, ni solicitar su fabricación; lo que sumado a otras conductas generaron una sumatoria de faltas que llevaron a su despido.

Al respecto, es claro conforme al acervo probatorio recolectado, que la demandante sí incurrió en la falta que se le endilga pues no sólo lo aceptó en diligencia de descargos, sino que también lo hizo en interrogatorio de parte. Aunado a ello, las testigos Julia Janeth Castaño Cuevas, y Paola Jasmin Sánchez Palacios fueron claras, contestes, y fidedignas es manifestar que la accionante incurrió en tal falta, así como que tal situación pudo poner en riesgo el convenio que la empresa tenía con la Armada Nacional, puesto que contractualmente se habían obligado a suministrar los productos médicos que fueran requeridos por los usuarios de tal entidad.

Así mismo, la demandante manifestó en diligencia de descargos que el Brace Articulado de Rodilla con Refuerzo Lateral de 30° estaba en todos los puntos de venta, en todas las tallas, y que desde que esté la talla que corresponde se realiza a entrega correspondiente o se ubica en otro almacén; por lo que, no se entiende por qué la demandante no dio una respuesta de fondo al requerimiento de la usuaria de la Armada Nacional, situación que a juicio de la Sala resulta más gravosa, aunado a la existencia de un convenio entre la Armada Nacional y la empresa demandada y al tipo de producto que estaba a su cargo entregar; en efecto, estaba frente a un producto médico en el que resulta de gran importancia que la demandante fuera sumamente diligente con su entrega o con la consecución del mismo, pues de

este depende no sólo la calidad de vida sino la salud de un paciente, por lo que, la respuesta al cliente no podía ser de ninguna forma desidiosa.

Además, observa la Sala que la demandante incurrió en otras faltas disciplinarias que si bien no son exactamente iguales a la última incorrección que tuvo, de ellas se logra desprender que venía cometiendo errores en el desempeño de sus funciones desde el año 2015 y que no tenía un control y supervisión adecuado del inventario a su cargo, puesto que el 09 de febrero de 2015 se le efectuó un llamado de atención por cuanto el 23 de septiembre de 2014, entregó dos pares de medias, cuando únicamente se había autorizado la entrega de un par; el 01 de abril de 2015, a la accionante se le efectuó llamado de atención y se le impuso sanción salarial, por cuanto el 23 de septiembre de 2014, entregó planillas removibles cuando se había autorizado la entrega de ortopédicos futuro; el 09 de julio de 2015, a la accionante se le efectuó llamado de atención y se le impuso sanción salarial, por cuanto se incumplieron los protocolos de manejo de caja; el 19 de enero de 2016, la actora rindió descargos por cuanto hacía falta un inventario en la sede donde trabajaba; y el 29 de diciembre de 2016 y el 10 de febrero de 2017, la accionante incumplió nuevamente sus obligaciones frente al inventario de la empresa.

De esta manera, se encuentra acreditada la justa causa de despido, la que no necesariamente debía causar un perjuicio económico, y que a juicio de la Sala tiene el carácter de grave por las funciones que la accionante desempeñaba, porque el actuar de la actora pudo poner en riesgos los intereses económicos de la empresa, y dado que previamente se habían incurrido en una variedad de faltas que dejan entrever las falencias que existía por parte de la actora en la supervisión y control de los inventarios en la sede que estaba a su cargo. Al punto, se recuerda que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de vieja en

sentencia SL4024 del 10 de diciembre de 1990 reiterada en la SL5416-20180, estableció:

“Si bien es cierto que debe existir una relación de causalidad entre el instante del despido y la fecha en que el trabajador incurrió en la comisión de la falta en que se basó el patrono para tomar tal determinación, no lo es menos que éste puede aducir otros motivos considerados como justas causas legales para dar por terminado el contrato de trabajo, así como el reglamento de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el contrato de trabajo, **sin que pueda decirse válidamente que lo distante de algunas de estas faltas, existiendo una principal cercana, tornen esa decisión en arbitraria pues al contrario es acertada esa relación cuando se pretende demostrar la mayor gravedad de esta última en razón a la conducta reiterada del trabajador y su renuncia a corregirla**, siendo cosa bien distinta que la determinación de dar fin a la relación de trabajo por parte del patrono se funde únicamente en motivos lejanos en el tiempo o no considerados como graves.”.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2018-00113 -01

Demandante: **NUBIA RODRÍGUEZ CUBILLOS.**

Demandado: **KAMEX INTERNATIONAL S.A.S.**

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



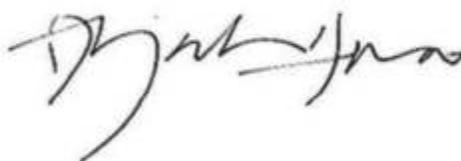
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la parte actora



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **GERMÁN ALBERTO MÉNDEZ PINILLA** promoviese contra **TIPIEL S.A.**

**Rdo 110013105021201800683-01**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende se declare que estuvo inmerso en una grave calamidad

doméstica del 19 de enero al 13 de diciembre de 2015; que tenía derecho a la licencia remunerada por calamidad doméstica del artículo 57 del C.S.T.; que la empresa lo indujo, al no concederse una licencia a su favor, a requerir permisos, vacaciones, y licencias no remuneradas; que la relación laboral finalizó por causa imputable al empleador; y que las pólizas de medicina prepagada son factor salarial. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada a pagar indemnización por despido sin justa causa por renuncia inducida o provocada, valor de la licencia remunerada por grave calamidad doméstica por los días 26 de enero al 30 de agosto de 2015, reliquidación de liquidación final de prestaciones social teniendo en cuenta la medicina prepagada como salario, indemnización moratoria, e indexación.

## **1. HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones la activa narró que:

- 1)** Suscribió contrato a término indefinido el 05 de mayo de 1988 con la demandada;
- 2)** Desempeñó varios cargos desde Asistente Administrativo hasta Especialista de Programación y Control de Costos;
- 3)** Los costos de medicina prepagada eran asumidos por el empleador según otro sí del 08 de enero de 2008 y 02 de agosto de 2010;
- 4)** Su madre dependía absolutamente de él, tanto física como moralmente;
- 5)** El 05 de enero de 2015 se le practicó a su madre cirugía de corazón abierto y reemplazo valvular aórtico, por lo que, se vio en la obligación de velar y cuidar por su recuperación conforme las directrices especiales señaladas por el galeno;
- 6)** El 19 de enero de 2015 manifestó al empleador su situación de calamidad doméstica, concediéndose a su favor cinco días;
- 7)** Solicitó nueva licencia el 09 y el 20 de febrero de 2015, no obstante, no fue otorgada por su empleador, quien manifestó que debía requerirse licencia no remunerada o vacaciones;
- 8)** Disfrutó de vacaciones y solicitó una ampliación por tres semanas por calamidad doméstica o vacaciones, sin embargo, ante la falta de respuesta tomó como positivo el

reconocimiento de la empresa; **9)** El 20 de marzo de 2015 y el 08 de abril de 2015 fue requerido por su empleador por el incumplimiento de su jornada laboral; **10)** El 24 marzo de 2015 le informó a su empleador que sus ausencias eran justificadas por el estado de salud de su madre, sin embargo, el 23 de abril de 2015 el empleador le informa que las terapias eran programadas con anticipación, por lo que no había motivo para ausentarse de su lugar de trabajo; **11)** El 27 de abril y el 24 de junio de 2015 solicitó licencia no remunerada, la que se reconoció hasta el 30 de agosto de 2015; **12)** El 23 de septiembre de 2015 fue citado a rendir descargos; **13)** El 30 de septiembre de 2015 le fue remitido correo electrónico, señalándose que no podía seguirse ausentando, no obstante, en octubre y noviembre de 2015 la salud de su madre recae hasta el punto que le fue diagnosticada metástasis de cáncer avanzado en hueso y vesícula; **14)** Se ausentó del 28 de octubre al 02 de noviembre de 2015 con permiso de su empleador; **15)** Estuvo incapacitado del 02 al 09 de noviembre de 2015, pero se presentó a laborar; **16)** El 12 de noviembre de 2015 se le informa que es reubicado en el cargo de Auxiliar de Archivo en los módulos de archivo rodante; **17)** El 18 de noviembre de 2015 renunció con justa causa; **18)** El 23 de noviembre de 2015, la empresa da respuesta a la carta de terminación, no aceptando la justa causa; y **19)** El 13 de diciembre de 2015 falleció su madre.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

**TIPEL S.A.** (fls. 202 a 216) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito la que denominó, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la genérica.

Aceptó que el actor fue contratado el 05 de mayo de 1988; que desempeñó varios cargos desde Asistente Administrativo

hasta Especialista de Programación y Control de Costos; que el 05 de enero de 2015 le fue practicada a la madre del accionante, cirugía de corazón abierto y reemplazo valvular aórtico; que el 19 de enero de 2015 el actor solicitó una licencia por calamidad doméstica, la que se otorgó por cinco días; que efectuó llamado de atención al 20 de marzo de 2015 al actor por el incumplimiento de su horario de trabajo; que el 23 de abril de 2015 le manifestó al accionante que sus ausencias eran injustificadas, dado que su madre tenía terapias programadas; que le reconoció licencia no remunerada hasta el 30 de agosto de 2015; que el 23 de septiembre de 2015 citó al actor a rendir descargos; que entre el 28 de octubre y el 02 de noviembre de 2015, el demandante se ausentó de sus labores; y que el 18 de noviembre de 2015, el actor renunció, y emitió respuesta de esta el 23 del mismo mes y año.

Indicó que la calamidad doméstica es todo suceso familiar cuya gravedad afecte al normal desarrollo de las actividades del trabajador, en el que pueden verse amenazados derechos fundamentales en la vida personal o familiar; que para el 19 de enero de 2015, la madre del accionante había sido dada de alta de la cirugía que le fue practicada, y se encontraba en terapias y tratamientos de rehabilitación programados durante algunos días, y no toda la semana o de manera permanente; que la licencia se reconoce por un lapso razonable, no por 12 meses; que el accionante pudo acudir a otro familiar, y a un experto en cuidados de personas de la tercera edad, por demás que devengaba más de 13 salarios mínimos, lo que le permitía acceder a tal servicio; y que la empresa fue condescendiente y le otorgó al accionante prerrogativas superiores a las que la ley dispone, tales como vacaciones prolongadas, licencias no remuneradas, permisos para ausentarse.

Adujo que la renuncia del demandante es producto de una decisión libre y voluntaria, puesto que no hubo desmejora de sus condiciones laborales, nunca se le solicitó su renuncia, y no se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2018-00683 -01  
Demandante: **GERMÁN ALBERTO MÉNDEZ PINILLA.**  
Demandado: **TIPIEL S.A.**

le solicitó poner a disposición de la empresa su teléfono móvil sino otorgar el número de celular para contactarlo.

Expuso que la medicina prepagada no tiene carácter de salarial, ya que, desde el momento que se reconoció se estableció que no sería salario, determinándose que la empresa podría modificar o eliminar tal beneficio en cualquier tiempo.

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

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

Inició precisando que no existió controversia sobre la existencia de una relación laboral entre las partes del 05 de mayo de 1988 al 18 de noviembre de 2015, por demás que se encuentra acreditado con el contrato de trabajo, las cláusulas adicionales, certificados laborales y la carta de terminación del contrato; y que el último cargo desempeñado del actor fue el de Especialista de Programación y Control de Costos y que percibía \$9'908.000.

Al enfocarse en el estudio del problema jurídico abordó el análisis de la grave calamidad doméstica consagrada en el artículo 57 del C.S.T., y posteriormente se adentró en el estudio de la sentencia C- 930 de 2009, mediante la cual la H. Corte Constitucional examinó parte del artículo señalado, sentencia en la cual se apoyó para resolver el quid del caso.

Al descender al estudio del acervo probatorio recaudado, concluyó que se daban los supuestos para encausar el asunto en lo normado en el artículo 57 del C.S.T., al evidenciarse una calamidad doméstica, por cuanto el demandante estaba frente a la grave situación de salud de un familiar cercano, como es el estado de salud de Ana Inés Pinilla Román, su madre, por lo que estimó, básicamente que por el deber de solidaridad, la empresa

debía haber concedido licencias remuneradas por calamidad doméstica.

Al analizar la conducta del empleador encontró que no se evidenció que la misma hubiese conminado de forma abusiva al demandante a tomar determinaciones como solicitar licencias no remuneradas o vacaciones, sino que por el contrario, en un ámbito de tolerancia, dignidad y respeto le otorgó estas opciones para que pudiera continuar apoyando a su progenitora; y que las licencias remuneradas que le fueron otorgadas al actor constituyeron un plazo razonable para que el demandante pudiera superar al menos la gravedad de la calamidad.

Luego de analizar los pormenores probatorios razonó que si bien aconteció una grave calamidad doméstica, lo cierto es que, en el mayor tiempo en que se reclama el otorgamiento de la licencia de calamidad doméstica, Ana Inés Pinilla Román debía era asistir a controles y terapias médicas, lo que le permitía al demandante prever con anticipación las fechas en que estas iban a acontecer, pudiendo programar su transporte y acompañamiento; también concluyó que como las actividades médicas no se realizan de forma intempestiva, ello le permitía al trabajador coordinar con la empresa las ausencias por espacios de tiempo determinados, como si pudo hacerlo posteriormente, sin que hubiese tenido que ausentarse durante casi siete meses de labor, más aún cuando durante el tiempo de la licencia remunerada por grave calamidad doméstica pudo planificar y organizar el cuidado constante de la madre.

En cuanto a la pretensión encaminada a tener en cuenta el valor entregado por concepto de medicina prepagada como factor salarial, señaló que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia la medicina prepagada no constituye un factor salarial, por cuanto, no está encaminado a enriquecer el patrimonio del trabajador, ni lo recibe como contraprestación directa de su servicio, puesto que busca cubrir riesgos de salud del trabajador,

así como de brindarle unos privilegios tanto a él como a su grupo familiar.

En cuanto a la pretensión de condena a la sanción moratoria, afirmó que en este caso no se dan los presupuestos para ordenarla, ya que con la liquidación final del 09 de diciembre de 2015 se entregó al demandante un título judicial, y ante la presunta pérdida de este por parte del actor se procedió a efectuar un nuevo depósito, actuar que está desprovisto de mala fe; y que la demora del segundo título no es atribuible al empleador, ya que, por esa misma época se estaba en paro judicial.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

La **PARTE ACTORA**, manifestó su inconformidad con la sentencia del A Quo, cuando consideró que hubo proporcionalidad en la licencia remunerada otorgada por TIPIEL S.A., ya que, la madre del actor estuvo incapacitada del 06 al 16 de noviembre de 2015, y que necesitaba acompañamiento permanente; que en el recetario médico también se logran evidenciar las terapias a las que era sometida la demandante; y que la licencia reconocida no es ni la mitad del tiempo de incapacidad.

De igual forma se opuso frente a la negativa a tener en cuenta como salario el beneficio de la medicina prepagada por cuanto afirma, salario es todo lo que ingresa al patrimonio del trabajador, de manera que si bien se pudo suscribir un acuerdo de exclusión salarial, también lo es que debe primar la realidad sobre las formalidades; que el servicio de salud beneficiaba únicamente al trabajador y a su núcleo familiar; y que se dejó de pagar mientras el actor estuvo gozando sus licencias, lo que demuestra que se pagaba como retribución del servicio.

Finalmente, señaló sobre la negativa a la condena a la sanción moratoria, que si hubo mala fe, pues no se pagó en tiempo como retaliación, el empleador siempre contó con la cuenta bancaria del demandante, que era donde cotidianamente le pagaban; que no se pagó el dinero depositado porque en el banco informaron que no se hizo el procedimiento porque debía hacer una solicitud ante el juzgado laboral para el pago de liquidación o acreencias laborales; que se acreditó con el interrogatorio de parte del actor que no perdió el título, que solicitó fue que hiciera la solicitud ante el juzgado para su pago, pero en vez de esto se hizo un nuevo depósito; y que si bien un paro judicial, la demora en el pago de las prestaciones fue del empleador, no de él.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar sus argumentos.

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se

circunscriben a determinar si es dable acceder al pago de una licencia remunerada por calamidad doméstica; si la medicina prepagada pagada al accionante puede tenerse como salario; y si el actuar del empleador estuvo revestido de mala fe, para que haya lugar a indemnización moratoria.

### **LICENCIA POR CALAMIDAD DOMÉSTICA.**

La licencia por calamidad doméstica es un beneficio que permite al trabajador tanto del sector público como privado ausentarse de sus funciones laborales, por el surgimiento de un hecho inesperado que requiere su atención, el que puede afectar su entorno familiar o personal. Al respecto, el numeral 6 del artículo 57 del C.S.T., señala:

#### **ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}.** Son obligaciones especiales del {empleador}:

(...) 6. Conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio<sup>\*1</sup>; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación<sup>\*2</sup>; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada<sup>\*3</sup>; para desempeñar comisiones sindicales<sup>\*4</sup> inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad al {empleador} o a su representante y que, en los dos (2) últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa. En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas”.

Ahora bien, al estudiar la constitucionalidad del aparte normativo transcrito, la H. Corte Constitucional en sentencia C-930 de 2009, estableció que *“la calamidad doméstica no es definida por el Código Sustantivo el Trabajo, pero ha sido entendida como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual eventualmente pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, o afectada su estabilidad emocional por grave dolor moral”.*

En la sentencia aludida, la Alta Corporación estableció además, que la extensión temporal de la licencia por calamidad doméstica implica sopesar las circunstancias y particularidades de la situación concreta: de un lado, debe valorarse la gravedad de la calamidad doméstica en sí misma considerada, la posibilidad de conjurarla en determinado plazo estimado dependiendo del caso, la presencia o ausencia de otros familiares o amigos que contribuyan a superarla, la disponibilidad de recursos materiales en los que pueda apoyarse el trabajador, etc. Y de otro lado, debe tenerse en cuenta también el grado de la afectación del trabajo y de la empresa ocasionada por la suspensión de la relación laboral, la posibilidad fáctica en que esté el empleador de reemplazar temporalmente al trabajador, etc. Así pues, la ponderación de las circunstancias que rodean el caso debe llevar a establecer, bajo criterios de razonabilidad, cuál es el lapso mínimo durante el cual debe remunerarse la licencia por grave calamidad doméstica debidamente comprobada. Al respecto, expresamente dijo:

“Al respecto, la Sala encuentra que aunque la suspensión de trabajo no obedece a la decisión de ninguna de las dos partes de la relación laboral, sí se debe a circunstancias personales o familiares del trabajador y no del empleador, por lo que, *prima facie*, no correspondería a éste asumir la carga correspondiente. Sin embargo, esta conclusión debe ponderarse con otras consideraciones que se derivan de los principios de solidaridad y dignidad que, por disposición del constituyente, presiden las relaciones laborales. (C.P Arts. 1°, 25 y 53). El principio de solidaridad, como se vio, fundamenta el deber constitucional de responder “*con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*”. Además, como también se hizo ver en las consideraciones precedentes de esta misma Sentencia, la dignidad como valor y principio constitucional exige no desconocer las necesidades materiales y morales básicas del trabajador, implícitas en la noción de *vida digna*, por lo cual un trato verdaderamente digno conlleva el necesario otorgamiento de un mínimo de respeto ante las dificultades materiales y el grave dolor ajeno.

Así las cosas, la Corte encuentra que **los deberes constitucionales de solidaridad y respeto a la dignidad del trabajador exigen de parte del empleador un mínimo de consideración y apoyo en aquellas circunstancias que para aquel constituyen “grave calamidad doméstica debidamente comprobada”, como la grave situación de salud de un familiar cercano, la desaparición o secuestro del mismo, la importante**

afectación de la vivienda por fuerza mayor o caso fortuito, etc. Por lo anterior, estima que durante un lapso razonable, estos eventos deben dar lugar a licencia obligatoria remunerada, de manera que **el trabajador pueda superar la situación sin ver afectado su derecho fundamental e irrenunciable a percibir el salario, o ser afectado en su derecho al descanso, justamente cuando más necesidad tiene de lo uno y de lo otro.** En todo caso, la Corte aclara que por calamidad doméstica deben ser entendidas aquellas situaciones de carácter negativo sobre las condiciones materiales o morales de vida del trabajador.

Ahora bien, para determinar cuál es **el lapso durante el cual la licencia por calamidad doméstica debe ser remunerada, la Corte acude ahora al principio de razonabilidad.** No siendo posible establecer de manera previa, general y abstracta cuál es el espacio de tiempo durante el cual debe concederse al trabajador la licencia remunerada para atender la calamidad doméstica que lo aqueja en cada caso concreto, la Sala entiende que dicha duración debe ser convenida entre el empleador y el trabajador en cada evento, atendiendo al mencionado principio de razonabilidad. Este principio remite a métodos de razonamiento lógico, que buscan esclarecer si las medidas legislativas o los acuerdos jurídicos son necesarios y adecuados para conseguir los fines que persiguen, y si **no son desproporcionados de manera que irroguen sacrificios exorbitantes sobre los derechos fundamentales de las personas.**

Ahora bien, la utilización del principio de razonabilidad, a efectos de establecer la extensión temporal durante la cual la licencia por calamidad doméstica debe ser remunerada, **implica sopesar las circunstancias y particularidades de la situación concreta: de un lado, debe valorarse la gravedad de la calamidad doméstica en sí misma considerada, la posibilidad de conjurarla en determinado plazo estimado dependiendo del caso, la presencia o ausencia de otros familiares o amigos que contribuyan a superarla, la disponibilidad de recursos materiales en los que pueda apoyarse el trabajador, etc. Y de otro lado, debe tenerse en cuenta también el grado de la afectación del trabajo y de la empresa ocasionada por la suspensión de la relación laboral, la posibilidad fáctica en que esté el empleador de reemplazar temporalmente al trabajador, etc.** Así pues, la ponderación de las circunstancias que rodean el caso debe llevar a establecer, bajo criterios de razonabilidad, cuál el lapso mínimo durante el cual debe remunerarse la licencia por grave calamidad doméstica debidamente comprobada”.

Del mismo modo, en sentencia T-460 de 2018 frente a la razonabilidad del tiempo que debe perdurar la licencia por calamidad doméstica, se estableció:

**“(ii) Por un lapso razonable de remuneración cada mes a cargo del empleador:** No obstante lo anterior, como ya se

señaló, el alcance constitucional de la figura de la calamidad doméstica no significa que en los casos *excepcionales y límite* que desbordan el marco legal durante todo el tiempo que dura la licencia el empleador esté obligado a remunerar al trabajador. De hecho, en la Sentencia C-930 de 2009 así como en la T-113 de 2015, el Tribunal fue claro en indicar que aunque al trabajador no puede imputársele la responsabilidad de una calamidad doméstica, aquella sí se deriva de una circunstancia familiar o personal del mismo y, por ende, en principio, al empleador no le correspondería asumir la carga económica de la suspensión del contrato. Sin embargo, consideró que en atención a los principios de solidaridad y dignidad, que conducen a tratar humanitariamente al trabajador en el momento que más lo necesita, un lapso razonable de remuneración al mes a cargo del empleador era constitucionalmente admisible.

Para determinar la razonabilidad de dicho plazo, es preciso sopesar, como ya ha señalado la Corte, las circunstancias particulares del caso desde una doble perspectiva: **(i) desde el lugar donde se encuentra el trabajador**, es decir, analizar la gravedad de la calamidad doméstica en sí misma considerada, la posibilidad de conjurarla en un plazo determinado, la presencia de familiares o amigos que contribuyan a superarla, así como la disponibilidad de recursos materiales o económicos en los que se pueda apoyar el trabajador, etc. y, al mismo tiempo, considerar **(ii) la condición del empleador**, es decir, el grado de afectación del trabajo que le representa la ausencia de su empleada y la posibilidad de reemplazarla. Pero, además estima esta Sala que deberá tenerse en cuenta su capacidad y solvencia económica, el tamaño de la empresa, los trabajadores a cargo, la naturaleza del empleador, el carácter *intuito* persona, la hora a cargo, inclusive, los compromisos de la empresa vinculados al desempeño de las funciones. Es más, dicho plazo razonable deberá ser acordado entre el empleador y el trabajador, la regulación interna de la entidad o, en defecto de lo anterior, por las determinaciones unilaterales del primero, sin que quede a la mera discrecionalidad, pues se entiende que -en todo caso- deberá ser proporcional y razonable.

**4.10.** En consecuencia, ha de considerarse que, de conformidad con la Constitución, la legislación laboral y el precedente jurisprudencial en la materia, *(i)* tanto en las relaciones públicas como privadas, la grave calamidad doméstica debidamente comprobada constituye una justa causa para otorgar la licencia o el permiso laboral y, en consecuencia, en virtud del régimen legal, le corresponde al empleador reconocerlas en las condiciones, plazos y requisitos previstos. No obstante lo anterior, *(ii)* la jurisprudencia constitucional ha admitido que existen casos *excepcionales y límite* que desbordan el anterior marco legal, en cuyo caso el trabajador deberá acreditar en debida forma los presupuestos sustanciales que adviertan la gravedad de la situación personal o familiar que afronta y, que además de resultar involuntarios, representan un impacto negativo considerable. Una vez demostrados tales presupuestos, *(iii)* deberá otorgársele la licencia por el tiempo necesario para superar la gravedad de la calamidad doméstica. En todo caso, para armonizar dicha obligación con los mandatos constitucionales que obligan a respetar los principios de

eficiencia y economía en la gestión pública, así como considerar la situación particular del empleador *(iv)* deberá fijarse un lapso razonable de remuneración que, en todo caso, dependerá de las circunstancias y particularidades del caso.

### **DEL CASO EN CONCRETO.**

#### **De lo probado en el proceso:**

No son objeto de controversia y se encuentran probados en el proceso, los hechos relativos a: **1)** la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales; **2)** el cargo, salario y funciones asignados; el pacto de pago de medicina prepagada a cargo del empleador (fl. 21); **3)** el pacto de salario integral; (fl 36, 37), **4)** el parentesco y la enfermedad (Estenosis Severa) padecida por la señora Ana Inés Pinilla madre del demandante; **5)** la realización de cirugía de reemplazo valvular aórtico por mínima invasiva con prótesis biológica a la señora Pinilla el día 05 de enero de 2015 (fls. 45 a 54); **6)** la renuncia por despido indirecto presentada por el demandante a su empleador el 18 de noviembre de 2015 (fls. 137 a 139); **7)** la liquidación final de prestaciones sociales efectuada por el empleador el 19 de noviembre de 2015(fl.145); y **8)** el pago por consignación de la liquidación final de prestaciones sociales el 30 de noviembre de 2015 (fl.152).

Al proceso se allegó, además, documental que no mereció tacha alguna de las partes, que da cuenta de la condición médica de Ana Inés Pinilla, madre del demandante, quien para el año 2015 contaba con 80 años de edad, que el **05 de enero** de 2015 fue intervenida quirúrgicamente, y que se le dio egreso el **16 de enero** del mismo año, luego del cual se ordenó para rehabilitación cardíaca tres sesiones semanales (fls. 46 a 54).

Cronológicamente, a partir de la dada de alta de la madre del demandante, la prueba documental que obra en el expediente da cuenta de que: el demandante solicitó licencia por calamidad

doméstica a su empleador los días 19 de enero, 09 y 20 de febrero de 2015, (fls. 55 a 57); el empleador accedió, advirtiéndose que a partir del 09 de febrero de 2015 el tiempo dejado de laborar sería cargado como vacaciones o licencia no remunerada (fl. 59 a 61); el 20 de febrero de 2015, el médico tratante de Ana Inés Pinilla, informó que esta debía tener acompañamiento durante tres semanas para cumplir con su tratamiento (fl.58); el día 23 de febrero de 2015, el empleador advierte que la solicitud del 20 de febrero de 2015 debía ser pedida con cargo a las vacaciones o como licencia no remunerada (fl.59 a 61); el 16 de marzo de 2015 el actor solicitó tres semanas adicionales para la atención de su madre, en virtud a que el médico solicitó tres sesiones de rehabilitación con acompañante (fls.62 y 63); el empleador efectúa un llamado de atención al demandante el 20 de marzo de 2015, por incumplimiento de su jornada laboral, y lo requiere para que se presente a laborar el 24 de marzo de 2015 (fl.64); El 06 de abril de 2015, el médico tratante estableció que era necesario acompañamiento de familiares para sesiones de rehabilitación cardíaca (fl.66); el empleador efectúa un nuevo llamado de atención el 08 de abril de 2015 (fl.67); mediante comunicación del 23 de abril de 2015, el empleador le manifestó al trabajador que la grave calamidad doméstica fue aprobada en su momento por la cirugía, pero que las terapias posteriores podían ser programadas con anterioridad, por lo que, bastaba que se organizara con la debida anticipación para la asistencia a las mismas (fl.69); el 27 de abril de 2015 el accionante manifestó que se incorporaba a sus labores, indicando que empezaba la tercera fase del tratamiento de su madre, lo que exigía un acompañamiento de por lo menos dos meses a través de una licencia no remunerada; requerimiento que fue aceptado por su empleador, (fls.76 y 77); el 19 de junio de 2015 se le informó al actor que debía retornar a sus funciones el día 30 del mismo mes y año (fl. 79); el 24 de junio de 2015 el demandante solicitó ampliación de su licencia no remunerada hasta el 30 de agosto de 2015, dado que el proceso de rehabilitación de su madre se amplió dos meses más; lo que fue aceptado por el empleador al

día siguiente (fls.80 y 81); el demandante se reintegró a su trabajo el día 31 de agosto de 2015, (fl.82); el 22 de septiembre de 2015 el demandante fue citado a descargos por sus ausencias a laborar, descargos que fueron realizados el 24 de septiembre de 2015, en los que señaló que sus ausencias eran por la situación de su madre, puesto que debía acompañarla; y que en todo caso, estaba compensando las horas perdidas (fl.98 y 100 a 102); el 02 de noviembre de 2015, el demandante puso en conocimiento de su empleador que el 28 de octubre de 2015, que su madre estuvo hospitalizada, fue operada el día 30 de octubre de 2015, y que por tales motivos tuvo que ausentarse; razones que fueron aceptadas por el empleador como calamidad doméstica (fls. 118 a 120); el 10 de noviembre de 2015, el actor tuvo conocimiento de que su madre requería de acompañante permanente debido a diagnóstico de cáncer (fl.125); el empleador efectúa un nuevo llamado de atención el 13 de noviembre de 2015 por cuanto presentaba ausencias no informadas (fls. 133 a 136); el demandante presenta renuncia motivada el día 18 de noviembre de 2015, por las razones indicadas en la misiva de la referencia (fls. 137 a 139).

De igual manera, del **interrogatorio de parte del demandante** se logra extraer lo siguiente: si bien buscó de los servicios para el acompañamiento y cuidado de su madre, no se podía desligar de llevar a su madre a las citas de control; que algunos días su madre estuvo acompañada de una empleada del servicio; y que no buscó una persona enfermera, porque él era el responsable de su mamá.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, a juicio de la Sala se advierte que el trabajador se encontraba en una apremiante situación acaecida por el delicado estado de salud de su madre, Ana Inés Pinilla, el cual derivó en intervención o cirugía de corazón llevada a cabo el 05 de enero de 2015, lo que, aunado a la gravedad de la enfermedad y el procedimiento, se suma su avanzada edad (80 años), y el

documentado acompañamiento permanente que requería para que su cuidado y rehabilitación, situación que implicaba que el empleador cediera en sus intereses empresariales en virtud de los principios de solidaridad y dignidad y desplegara las acciones humanitarias para que el trabajador superara la situación familiar que padecía; lo anterior al estimarse por la Sala que el escenario plantea, sin lugar a duda alguna un evento de calamidad doméstica, pues de conformidad con la sentencia C-930 de 2009 puede ser considerada como tal la **grave situación de salud de un familiar cercano**, lo que requiere del apoyo del empleador al trabajador, de manera que éste pudiera superar su situación sin ver afectado su derecho fundamental e irrenunciable a percibir el salario, o ser afectado en su derecho al descanso.

Ahora bien, planteado lo anterior, ello no quiere decir que el empleador deba reconocer la licencia por calamidad doméstica de manera indefinida y bajo las condiciones que pretenda el trabajador, sino que, conforme al precedente de la H. Corte Constitucional aludidos (C-930 de 2009 y T-460 de 2018), es necesario acudir al **principio de razonabilidad**, que implica sopesar las circunstancias y particularidades de la situación concreta.

De esta manera, **frente al trabajador** debe valorarse la gravedad de la calamidad doméstica en sí misma considerada, la posibilidad de conjurarla en determinado plazo estimado dependiendo del caso, la presencia o ausencia de otros familiares o amigos que contribuyan a superarla, la disponibilidad de recursos materiales en los que pueda apoyarse el trabajador, etc. Y **frente al empleador**, debe tenerse en cuenta también el grado de la afectación del trabajo y de la empresa ocasionada por la suspensión de la relación laboral, la posibilidad fáctica en que esté el empleador de reemplazar temporalmente al trabajador, etc. Así pues, la ponderación de las circunstancias que rodean el caso debe llevar a establecer, bajo criterios de razonabilidad, cuál

el lapso mínimo durante el cual debe remunerarse la licencia por grave calamidad doméstica debidamente comprobada.

Así las cosas, la Sala observa que la labor efectuada por el accionante era de alta importancia para la empresa, pues para el momento de los hechos, el actor ostentaba el cargo de Especialista de Programación y Control de Costos, el que tenía por objeto cumplir con la planeación, control y seguimiento de los proyectos, por lo que, bajo ese entendido, era el encargado de: ejecutar los reportes de avance internos para el Cliente, y para revisión de la Dirección de Programación y Control de Costos y el Grupo de Proyecto; integrar los programas del proceso, ingeniería, compras y los programas generales de suministros; preparar los documentos a ser emitidos según la ruta de aprobación, de acuerdo con el procedimiento establecido al interior del proyecto y del cliente; y ejecutar las actividades necesarias para el cumplimiento de los requisitos del sistema de gestión integrado HSEQ (fls. 23 a 25 y 36); funciones de alta responsabilidad y que en efecto generaban una afectación en los intereses empresariales del empleador.

En contraste, se advierte que el trabajador se encontraba frente a la grave situación del estado de salud de su madre, el cual, *por lo menos en principio*, requería con apremio de su acompañamiento, por cuanto la prueba acredita que no había más personas del grupo familiar que pudiesen hacerse cargo de la situación de salud de la madre, ya que, se acreditó el fallecimiento de una hermana del demandante, (fl 41) así como la situación de discapacidad de otro de sus hermanos (fl 43).

Así las cosas, en desarrollo del principio de razonabilidad, y conforme las reglas de la experiencia, la lógica y los lineamientos dados por la H. Corte Constitucional en la sentencia ya referenciada, la Sala considera que el trabajador tuvo la posibilidad de conjurar o por lo menos contar con capacidad de maniobra entre el día en que la madre debió ser sometida a

intervención quirúrgica, (05 de enero de 2015) y su período de convalecencia, que según la historia se dio con la dada de alta de la institución hospitalaria el día 16 de enero de 2015, (fls 46 a 54); lo anterior, por cuanto si bien es cierto tal acontecimiento (dada de alta médica) no concluyó con el restablecimiento a satisfacción de la salud de la paciente, por cuanto se sabe según la prueba arrimada, la misma debió seguir asistiendo a controles e incluso a terapias tres (03) veces a la semana, lo cierto es que, ese período pos quirúrgico, le permitió al trabajador evidenciar cómo sería a partir del alta de la madre el desarrollo de la vida de ambos, esto es, que ella requeriría de controles semanales y que él tenía que cumplir con sus obligaciones laborales.

Y, aunque se trajeron elementos al proceso que dan cuenta del fallecimiento y discapacidad de dos de los hermanos del demandante, la prueba también da cuenta de la disponibilidad de recursos materiales en los que pudo apoyarse, por cuanto para la fecha de los eventos críticos, su salarios superaba los diez (10) salarios mínimos, lo que permite establecer que contaba con capacidad y solvencia económica que le posibilitaban acudir a terceros como un profesional de la salud, o personal especializado en atención de enfermos o adultos mayores que lo apoyaran en el cuidado de su madre, de lo que se abstuvo por decisión propia, tal como indicó en interrogatorio de parte al manifestar que no se podía desligar del asunto de los medicamentos, que su madre estuvo acompañada de una empleada del servicio y que no había buscado un tercero, ya que él era el responsable de su madre. Lo antes narrado, si bien denota el interés natural, noble y legítimo y el compromiso del hijo con la madre de querer asistirle y acompañarla en su enfermedad, debe ser contrastado también con el grado de la afectación del trabajo y de la empresa ocasionado por la suspensión de la relación laboral, que no se estima menor, teniendo en cuenta el cargo de Especialista de Programación y Control de Costos, desempeñado por el

demandante, que tenía por objeto cumplir con la planeación, control y seguimiento de los proyectos (fls.23 a 25 y 36)

Por lo anterior, evidenciado que las terapias ordenadas en aras a la rehabilitación de Ana Inés Pinilla no ameritaban que el actor se ausentara de su jornada laboral de manera continua, por cuanto podía asistir a las mismas solicitando los respectivos permisos y organizando de forma anticipada su ausencia, se concluye que el empleador no omitió sus deberes de apoyo y solidaridad con el trabajador, por cuanto la licencia fue concedida durante un lapso que la Sala estima razonable atendiendo la gravedad de la calamidad en sí misma considerada, de manera que el trabajador pudo sortear la situación sin ver afectado su derecho fundamental e irrenunciable a percibir el salario; sin evidenciarse una situación límite y excepcional, donde la aplicación del marco legal resulte manifiestamente incompatible con la Constitución.

Con base en los considerandos hasta aquí expuestos, la Sala acompaña los argumentos del A Quo que señalaron que lo razonable en este caso, era el tiempo que necesitaba el trabajador para planificar y organizar el cuidado permanente subsiguiente a la intervención quirúrgica que requería su madre, por lo que, al ser otorgada una licencia remunerada inicial **hasta el 08 de febrero de 2015**, esto es, por **un mes y cuatro días**, la Sala considera que dicho tiempo fue suficiente para lograr el fin aludido, por demás que posteriormente el empleador accedió al reconocimiento de vacaciones y licencias no remuneradas, esta última solicitada por el mismo trabajador, lo que se extendió hasta el 30 de agosto de 2015, periodo que se advierte más que razonable para que el trabajador tomara las medidas correspondientes a fin de no sacrificar los intereses empresariales de su empleador; lo que se deduce de la documental narrada y que obra a folios 45 a 82.

Así mismo, observa la Sala que el empleador no fue renuente a otorgar permisos cuando el trabajador se reintegró, pues pese a sus reiteradas ausencias, lo único que se requería era que avisara previamente; y ante la hospitalización de su madre entre el 28 de octubre y el 01 de noviembre de 2015, el empleador tuvo dicho periodo como una nueva licencia por calamidad doméstica (fls 118 a 120)

En consecuencia, la Sala **CONFIRMARÁ** en el punto apelado la sentencia de primera instancia.

### **MEDICINA PREPAGADA COMO SALARIO.**

El artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

En igual sentido, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras.

Sobre el tópicico de inconformidad concreto, la Sala CONFIRMARÁ la sentencia, por cuanto se observa que el 30 de enero de 2008 y el 02 de agosto de 2010, las partes pactaron el pago de medicina prepagada a cargo del empleador y favor del actor; señalaron que este constituía un beneficio otorgado por mera liberalidad; y que el empleador estaba facultado para modificarlo o quitarlo en cualquier momento (fl. 21). Así las cosas, el suministro o auxilio de la medicina prepagada no estaba encaminada a enriquecer el patrimonio del trabajador, no recibió aquella como contraprestación directa de su servicio, ni se estableció como salario en el contrato de trabajo, pues con este beneficio lo que se pretendió fue brindarle un privilegio al trabajador y a su grupo familiar, pero sin que en momento alguno ingrese a su patrimonio, por lo que, bajo tal entendido, no puede ser tenido como salario, por demás que contrario a lo que expone el impugnante en su recurso, el empleador podía unilateralmente modificarlo o retirarlo, al otorgarlo de manera unilateral, deliberada y sin ningún tipo de compromiso; interpretación que resulta acorde con lo expuesto en la sentencia SL2791-2019, en la que el órgano de cierre de esta jurisdicción determinó:

“De acuerdo a la literalidad del precepto normativo en cita, resulta claro que el Tribunal no se equivocó en su interpretación; lo que sucedió fue que consideró que debido a que tales conceptos, no se le otorgaron al trabajador como contraprestación directa de su servicio, en virtud de la labor desarrollada por el trabajador; sino que, por el contrario, encontró que se entregaban tales beneficios por mera liberalidad del empleador; por ende, estos no pueden ser constitutivos de salario, dado que, aunque son de origen laboral no retribuyen directamente los servicios del trabajador.

**Ciertamente no porque los referidos emolumentos tengan origen en la relación laboral, puede considerarse per se que retribuyen el servicio; en tal sentido la Sala tiene dicho, que hay pagos que obtiene el trabajador que no retribuyen el servicio y en esa medida no constituyen salario, así se reciban por causa o con ocasión de la relación subordinada de trabajo”.**

### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA.**

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y se encuentra consagrada en el Art. 65 del C.S.T.

La máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se hace alusión a este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

- i) Dicho lo anterior, encuentra la Sala que la sanción en estudio se pretende como consecuencia del pago tardío de la liquidación final de prestaciones sociales, no obstante, al descender a las pesquisas del proceso se tiene que: i) el actor renunció a su labor el 18 de noviembre de 2015; ii) que el 19 de noviembre de 2015 le fue efectuada liquidación final de prestaciones sociales (fl.145); iii) que el 30 de noviembre de 2015 fue efectuado pago por consignación de las mismas (fl.152);; iv) que el 09 de diciembre de 2015 le fue entregado el título respectivo, de lo que también existe constancia a folio 152; v) que el 15 de diciembre de 2015 se le recordó al actor que debía acercarse al Banco Agrario

con el título judicial (fl.148); vi) que no obstante ello, el 29 de diciembre de 2015 el accionante manifestó que quedaba a la espera de lograr el pago de sus prestaciones sociales, toda vez que requería el título y otros documentos adjuntos (fl 149); que lo anterior, generó que se emitiera un nuevo título, el que demoró su entrega como consecuencia de que la Rama Judicial se encontraba en suspensión de actividades (fl 154).

De conformidad con lo antes expuesto, la Sala debe CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en el punto apelado, por cuanto lo que observa la Sala es que el empleador efectuó un pago por consignación en un tiempo razonable, dado que, entre la terminación del contrato y tal reconocimiento tan solo transcurrieron 12 días; que se entregó el título en un tiempo prudencial de nueve días; que inclusive se le recordó al trabajador que podía recoger el pago de sus prestaciones sociales a los seis días; que el trabajador de manera inexplicable le mencionó a su empleador que necesitaba el título para poder reclamar el valor pagado por concepto de liquidación final de prestaciones sociales, frente a lo que se vio abocado el empleador a efectuar un nuevo título; actuar de parte de éste que es de buena fe, pues además de consignar a través del referido documento, ante la presunta pérdida de éste solicitó que se efectuara uno nuevo, aclarándose que nada impide ni obliga al empleador para que haga su correspondiente pago de una manera diferente.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

**VIII. DECISIÓN**

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

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

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

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

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2018-00683 -01

Demandante: **GERMÁN ALBERTO MÉNDEZ PINILLA.**

Demandado: **TIPIEL S.A.**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la parte actora.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **RICARDO HERNÁNDEZ** promoviese contra **ALMACENES ÉXITO S.A.S.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 24 de octubre de 1996 al 11 de septiembre de 2018; y que la relación laboral terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo

anterior, solicita indemnización por despido sin justa causa, e indexación.

## **2. HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** Ingresó a laborar el 24 de octubre de 1996 en CARULLA VIVERO S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido; **2)** El 30 de junio de 2010 se convino que su empleador fuera ALMACENES ÉXITO S.A., por lo que le prestó sus servicios a ésta a partir del 01 de julio de 2010; **3)** El último cargo desempeñado era el de Coordinador de Logística de Salida; **4)** Devengaba \$2'728.500; **5)** El 11 de septiembre de 2018 fue despedido sin que le fuera puntualizado el hecho originador de su despido; y **6)** No le han pagado indemnización por despido sin justa causa.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

**ALMACENES ÉXITO S.A.** (fls. 173 a 179), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito la que denominó, prescripción, cobro de lo no debido, pago, inexistencia de las obligaciones que pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, y las demás que sean declaradas de oficio.

Aceptó que el actor suscribió contrato de trabajo con CARULLA VIVERO S.A. el 24 de octubre de 1996; que el 30 de junio de 2010, se convino que el empleador del actor fuera ALMACENES ÉXITO S.A., por lo que éste le prestó sus servicios a este último a partir del 01 de julio de 2010; que el actor tenía un contrato a término indefinido; que el demandante devengaba \$2'728.500; y que no ha pagado indemnización por despido injusto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00357 -01  
Demandante: **RICARDO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.**  
Demandado: **ALMACENES ÉXITO S.A.**

Indicó que el demandante en ejercicio de su cargo de Coordinador Facturación UCR Industria permitió que se extraviaran 5249 UCR (Unidad de Carga Retornable), lo que generó un perjuicio por valor de \$79'000.000; que la anterior falta se encuentra enmarcada en el reglamento interno de trabajo como grave; que el actor contaba con la capacitación necesaria y adecuada para desempeñar sus labores; y que con anterioridad, el 18 de junio de 2017, el actor ya había sido llamado a descargos por cuanto extravió 9071 canastillas por valor de \$136'000.000.

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

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de febrero de 2021, en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 24 de octubre de 1996 y el 11 de septiembre de 2018, condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de \$40'740.143 de manera indexada por concepto de indemnización por despido sin justa causa, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandada.

En síntesis refirió, no existió controversia sobre la existencia del contrato de trabajo entre las partes, pues fue aceptado en la demanda, obra contrato de trabajo, certificaciones laborales, y acuerdo de sustitución patronal del 30 de junio de 2010 entre el demandante, Carulla Vivero S.A. y ALMACENES ÉXITO S.A.; que por lo anterior, existió un contrato de trabajo a término indefinido del 24 de octubre de 1996 al 11 de septiembre de 2018; y que a partir del 15 de febrero de 2015, el demandante desempeñó el cargo de Coordinador de Facturación UCR.

Manifestó que con la carta de despido se logra establecer que la iniciativa de la terminación del vínculo laboral estuvo en cabeza del empleador; y que se alegó como justa causa las inconsistencias respecto al faltante de 5249 canastillas encontradas en los inventarios entre el 30 de junio y 23 de julio de 2018 en contraste con la información reportada por el trabajador en los meses de febrero y junio de 2018.

Expuso que conforme a los testimonios de Jorge Eliecer Rodríguez Sierra y Luis Antonio Guerrero Ramírez generan un mayor convencimiento para determinar si existió una justa causa, puesto que guardan consonancia con lo expresado por el demandante en el acta de descargos, esto es, que era el encargo de controlar lo que se recibía de IFCO, lo que se entregaba a las plantas y lo que se conciliaba en el CEDI; que el actor en tales condiciones, tenía la función de ejercer control sobre las canastillas, responsabilidad que iba desde el momento del recibo de las canastillas por parte del proveedor hasta la entrega al Centro de Distribución - CEDI; y que lo dicho le resta credibilidad a los testigos Felipe Arturo Guapacha Contreras y Adelmo Mincan, quienes indicaron que el control del actor se restringía a pedir las canastillas de IFCO, enviarlas a las plantas de producción, y que después de esto se perdía contacto, pues el mismo demandante aceptó conocer la existencia de un control en tres puntos específicos, recibo de IFCO, entrega a las plantas, y conciliación con el CEDI.

Agregó que del acta de descargos se logra establecer que existía un procedimiento para la realización de la labor del actor que no se limitaba únicamente a la conciliación o control de recibo de las canastillas con el proveedor IFCO, sino que se extendía hasta a la revisión o conciliación de salida de la industria, lo que también es conteste con la declaración de Néstor Yesid Ibáñez en cuanto a que el accionante debía hacer la vigilancia y control de toda la ruta de las canastillas y alimentar el sistema, que su labor se extendía posterioridad a la salida del

CEDI, y que debía enviar su personal a realizar el conteo a esta dependencia.

Expresó que en los descargos el accionante manifestó que mantuvo la operación de canastillas y que siguió apoyando la gestión de estas; que en tal sentido, obran los documentos denominados Formatos Acta de Inventario a Productores de la Compañía IFCO que está suscrita por el demandante y es de fechas 04 y 28 de mayo de 2018, en las que se realizó con el Proveedor las actividades de regularización de canastillas abatibles, por lo que, era dable concluir que existió un faltante al momento de realizarse el inventario de 5.240 canastillas, y que el demandante, en el tiempo que ocurrieron los hechos, tenía la función de ejercer el control de las canastillas desde el momento específico en que eran entregadas por el proveedor IFCO y hasta que eran enviadas al Centro de Distribución -CEDI MONTEVIDEO, último punto en que debía realizar conciliaciones diarias con esta dependencia.

Estimó que pese a lo anterior, del Informe de Inventario de Canastillas, realizado por Luis Antonio Guerrero, Coordinador de Logística, no era posible establecer en que donde surgieron las diferencias de canastillas; que no obra un informe o inventario final del cual se pudiera extraer con exactitud las diferencias, la fecha en que se originó y determinar en qué área se generó la falencia, pues conforme a todos los testigos el recibo, manipulación, e incluso, retorno de las canastillas, no se hacía únicamente en industria, sino en otras dependencias como el CEDI, transporte y tiendas; que aunado a lo anterior, el demandante disfrutó de vacaciones entre el 30 de junio y 23 de julio de 2018, y fue en el tiempo en el que se realizó el inventario selectivo que se encontró el faltante de canastillas, y se le procedió a endilgar responsabilidad al actor por su omisión, no obstante, no se tiene la claridad de que las supuestas irregularidades en el control de canastillas hayan ocurrido en desarrollo de sus funciones, máxime si se tiene en cuenta que no

se cuestionó el inventario realizado por el actor de febrero a junio de 2018, por demás que, en los descargos rendidos se evidencia que las operaciones de cargue y descargue de canastillas hasta que salió a vacaciones se encontraba debidamente controlado; que por las razones expuestas hay lugar al reconocimiento de una indemnización por despido sin justa causa, la que asciende a \$40'740.143.

Concluyó indicado que la indemnización se debe pagar indexada al momento de su pago efectivo, con el fin garantizar los beneficios reconocidos no sufran los efectos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; que no operó la excepción de prescripción, ya que, la terminación del contrato de trabajo ocurrió el 11 de septiembre de 2018 y se demandó el 27 de mayo de 2019.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

##### **ALMACENES ÉXITO S.A.**

Manifestó que es un hecho que las canastillas que debían ser controladas por el demandante se perdieron; que era función del demandante velar por todo el proceso de las canastillas, su retorno y devolución; que si bien las irregularidades quedaron en evidencia cual el actor estuvo en vacaciones, previamente, éste no hacía más que incluir que no hacía ningún faltante de canastillas, pues únicamente señalaba el valor de canastillas que habían en el sistema, por lo que, el inventario siempre quedaba en cero; que en los inventarios del accionante nunca se adujeron novedades, no obstante, al hacerse el inventario físico se determinó el faltante de las canastillas; que el demandante tenía la capacitación en el área de logística, que se omitió el control porque se presentó el faltante de canastillas, y que el informe de Luis Alfredo Guerrero Ramírez se dijo que se dejaba en cero los faltantes de las canastillas pues el actor lo consideró de esa manera para que la empresa no tuviera que asumir ningún tipo

de costo; que la falta del actor generó un perjuicio económico a la compañía, pues el valor de \$79'000.000, lo que es falta grave; que no se alegó ningún tipo de vicio del convencimiento frente a los descargos rendidos por el accionante, y que en este se dijo por parte de éste que le garantizó el derecho de defensa; y que se reitera que la función principal del demandante era la de gestionar las operaciones de recibo, lavado, almacenamiento, y recolección interno de las canastillas, y que el actor confesó que el valor se pasaba en cero para que la compañía no tuviera que asumir ningún tipo de rubro frente al proveedor.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación, posteriormente se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar<sup>1</sup>, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar sus argumentos.

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si el despido de la accionante devino en injusto.

---

<sup>1</sup> Decreto 806 de 2020

### **DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

### **DEL CASO EN CONCRETO.**

#### **De lo probado en el proceso:**

No son objeto de controversia y se encuentran probados en el proceso, los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, sus extremos temporales (fl 11 a 123 y 218-219); la sustitución patronal entre CARULLA & CIA S.A, y ALMACENES ÉXITO S.A., (fl 37 a 40); el cargo ocupado por el