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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ MARINA CÁCERES FLÓREZ** contra **JOHN ALEJANDRO, LUÍS FELIPE, ERIKA MILENA MEDINA ALDANA** y herederos indeterminados de **LUIS FELIPE MEDINA CUERVO**.

EXP. 11001 31 05 **024 2017 00238** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare que entre ella y Luis Felipe Medina Cuervo (q.e.p.d) existió un contrato individual de trabajo verbal a término indefinido, entre el 14 de enero de 1985 y el

18 de junio de 2016, el cual terminó sin justa causa; en consecuencia, se condene a los demandados, en su condición de herederos determinados, así como a los herederos indeterminados del empleador, al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, al reconocimiento y pago de la pensión sanción, indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (f.° 7, 8).

Sustentó sus pretensiones, en que la mencionada relación se dio entre las fechas referidas; hasta enero de 1988 laboró como empleada interna y posteriormente ejerció sus labores 3 veces por semana, inicialmente en la casa donde Luis Felipe Medina Cuervo (q.e.p.d.) habitaba con su fallecida esposa María del Carmen Niño de Medina y luego, en la Calle 18 Sur # 38-37 de Bogotá; durante el tiempo que laboró por días cumplió un horario de 8:00 a. m. a 5:00 p. m.; trabajó hasta el 18 de junio de 2016 en razón a la terminación de su contrato se debió al traslado del señor Medina Cuervo a un ancianato; desde el 1.° de febrero de 1988 y hasta el 31 de diciembre de 2000 devengó una suma igual o inferior a un día de salario mínimo legal vigente por día trabajado, durante el año 2001 devengó $10.000 diarios, aumentando $2.000 cada año hasta el 2015, año en que percibía $38.000 por día laborado (f.° 3-6, 39-40).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Subsanada la demanda, se admitió el 28 de septiembre de 2017, ordenándose la notificación y traslado a los demandados (f.° 42).

Los señores Jhon Alejandro y Erika Milena Medina Aldana dieron contestación con oposición a las pretensiones por no ser ciertos los hechos narrados y formularon las excepciones denominadas falta de los elementos esenciales de un contrato a término fijo y prescripción (f.° 54-55, 79-80).

Luis Felipe Medina Aldana y los herederos indeterminados de Luis Felipe Medina se encuentran representados a través de curador *ad litem* y emplazados conforme consta de f.° 142-144.

El curador se notificó y contestó en representación de los mencionados demandados alegando no constarle los hechos de la demanda, por lo que propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, carencia del despido y título para pedir y la genérica (f.° 152-153, 165).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de noviembre de 2020, declaró probadas las excepciones de falta de elementos esenciales para que pueda considerarse que la labor realizada por la demandante sea generadora de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido; en consecuencia, absolvió a los demandados de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante, tras considerar desvirtuada la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, con los dichos de Carmen Inés Aldana y otros testigos que sostienen que el señor Luis Felipe Medina Cuervo siempre convivió con ella y sus hijos y la demandante no trabajó para él; y estimar que la demandante no logró acreditar los extremos de la relación laboral, pues existen serias contradicciones entre los testigos sobre el asunto (f.° 168, 169).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** sustentó su apelación, en que del análisis de las versiones Carmen Inés Aldana, sus hijos, Josser Alexis Lozano y Ruth Lucero Alayon, se evidencia que presentan contradicciones y que lo que pretenden los demandados es tratar de convencer al despacho de que el señor Medina Cuervo convivió con ellos luego de la muerte de su esposa María del Carmen Niño. Adicionó que en la contestación de la demanda Erika y John Medina Aldana admitieron que ella trabajó para Luis Felipe Cuervo, lo que luego negaron en el interrogatorio. Ante tales contradicciones, sostuvo que no se puede dar validez a las afirmaciones de los demandados y de su señora madre, Carmen Inés Aldana.

Frente a los extremos de la relación laboral, afirmó que las declaraciones de Alfonso Medina Cuervo, de Kevin Eduardo Camargo, de la señora Cáceres y de Olinda Castañeda Medina, acreditan que relación se presentó entre 1985 y el 18 de junio de 2016 , pues no entraron en contradicción alguna al respecto (f.° 168).

V.CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y en concordancia con la fijación del litigio realizada en la audiencia de que trata el artículo 77 *ídem*, por cuestiones de método, la Sala deberá como problema jurídico, establecer si se desvirtuó o no, la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y en dado caso, si se encuentran acreditados los extremos de la relación laboral.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, que son la

actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás el elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

En el presente asunto, el juez de instancia tuvo por acreditada la presunción de que trata el citado artículo 24; es decir, que en su criterio la demandante acreditó suficientemente la prestación del servicio. Lo anterior, con fundamento en testimonios que informaron al despacho sobre el sitio, labores, horario y demás detalles del servicio. También estimó que, con fundamento en otras declaraciones que básicamente negaron la prestación del servicio en favor del señor Luis Felipe Medina Cuervo, la pasiva logró desvirtuar la existencia de la relación laboral.

Adviértase la incongruencia argumentativa de dar por probada la efectiva prestación de los servicios por parte de la señora Luz Marina Cáceres Flórez y al mismo tiempo aseverar que la relación laboral se desvirtúa ante la prueba testimonial que niega la prestación de dicho servicio. No resulta lógico, pues no es posible tener por acreditadas dos verdades sobre un mismo hecho: hubo prestación personal del servicio, en cuyo caso aplicaría la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y correspondería a los demandados desacreditar los demás elementos de la relación laboral; o no la hubo.

Corresponde entonces determinar si el material probatorio es contundente en afirmar la existencia de una prestación personal de trabajo por parte de la Luz Marina Cáceres Flórez y en favor del fallecido señor Luis Felipe Medina Cuervo.

Al respecto, son decisivas las declaraciones de Olinda Cáceres Flórez y Kevin Eduardo Camargo Cáceres, hermana e hijo de la demandante, en su orden. La primera informó sobre la cercanía que las unía al señor Medina Cuervo, dado que por ser ellas nietas de una hermana suya, estuvo siempre muy al pendiente de su familia. Recordó que cuando la demandante tenía 21 años el señor Medina Cuervo la trajo a Bogotá desde Mariquita, en donde vivía para trabajar como empleada doméstica interna, labor que desempeñó hasta el año 2016; sin embargo, señaló que tan solo permaneció alrededor de tres años como interna y luego pasó a trabajar tres días a la semana, y que inicialmente desempeñó la labor contratada en una casa en el barrio el Remanso y luego, debido al cambio de vivienda de su empleador luego de que enviudó, se trasladó a otra casa en el mismo barrio en la que vivió solo hasta un año antes de su deceso. Kevin Eduardo, expuso que conoció el lugar de trabajo de su mamá porque cuando tenía alrededor de siete años, debía ir con ella a acompañarla a trabajar, estando todo el día y evidenciando el desempeño de sus labores.

Luis Alfonso Medina y Olinda Castañeda Pérez, sobrino de Medina Cuervo y hermana de la demandante, respectivamente, respaldaron también los hechos de la demanda, indicando que les consta el trabajo que realizaba la demandante por cuanto visitaban y se comunicaban constantemente con el señor Luis Felipe Medina Cuervo.

Por su parte, analizado el testimonio de Carmen Inés Aldana Garzón se tiene que no es del todo clara en sus declaraciones y genera dudas respecto al periodo de convivencia que tuvo con el señor Luis

Felipe Medina Cuervo (q.e.p.d.), pues aun cuando aceptó que estuvo casado, no supo informar quién era la esposa o cómo fue la relación de quien fue su compañero permanente, con María del Carmen Niño de Medina, persona de la que ni siquiera recordó el nombre. Aspecto trascendental si se tiene en cuenta que la deponente aquí demandante aseguró en su interrogatorio de parte, que convivió y ejerció todas las labores domésticas, contrario a lo que relató en su propia demanda en donde se afirma que el empleador vivía solo después de la muerte de su esposa y quien le ayudaba con el servicio, era precisamente la demandante.

Para la Sala, lo anterior demostraría la efectiva prestación personal de servicios por parte de Luz Marina Cáceres Flórez en favor de Luis Felipe Medina Cuervo (q.e.p.d.), como empleada doméstica.

Observamos que es cuestión importantísima para que se pueda llegar a una decisión en el proceso laboral, la plena demostración los extremos de la relación, cuándo se inició y cuándo se puso término o fin a la misma, y estos extremos de la relación laboral compete demostrarlo a la parte demandante, por cuanto si no se encuentran demostrados, cuando menos aproximados, es imposible que se acceda por parte del administrador de justicia, a la declaratoria de existencia de ella, y como consecuencia, a la existencia del contrato de trabajo, y por ende al reconocimiento de los salarios y prestaciones que se reclaman en la demandada.

Es por ello, que la sola afirmación del demandante en su solicitud, no puede conducir a la Sala a la certeza acerca de ese requisito para que se constituya la relación laboral y por ende la existencia del contrato de trabajo.

Se afirmó en el escrito de demanda que el vínculo laboral tuvo vigencia entre el 14 de enero de 1985 y el 18 de junio de 2016; y si bien el testimonio del hijo y las hermanas de la demandante coinciden

en la fecha de terminación de la relación, es difícil encontrar coincidencia en la fecha de inicio, porque Kevin Eduardo Camargo Cáceres (hijo) nació después de la fecha señalada como inicio de la relación y no puede dar razón de ello más que como testigo de oídas mientras que las hermanas no coincidieron en las fechas , ni siquiera en forma aproximada. Además, se dijo que hubo un periodo en el que varió la modalidad de prestación del servicio doméstico como interna a "por días", siendo aún más confuso cuándo inició la demandante a trabajar tres días a la semana.

Nuestra legislación procesal ha instituido una serie de obligaciones, derechos, facultades y cargas atribuibles a todos aquellos que forman los distintos extremos que componen la relación jurídico-procesal, por lo que de antemano, quien pretenda acudir ante la administración de justicia en calidad de demandante debe conocer como mínimo, las responsabilidades propias de su condición, lo que se hace necesario para imprimir una mayor seriedad, diligencia y presteza a todos los asuntos conocidos por la jurisdicción.

De manera que, no bastaba con que la demandante afirmara en el libelo introductor los extremos y condiciones de la relación laboral, sino que debió demostrar en juicio las fechas por lo menos aproximadas de inicio y terminación de la relación y aquella en la que dejó de trabajar como interna para hacerlo "por días"; carga probatoria que corría en cabeza de ella al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, pero que no cumplió, porque no ejecutó ningún acto tendiente a demostrar tales aspectos y los testigos, en definitivo no fueron contundentes al respecto.

Ante esta ausencia probatoria, no queda otro camino que **confirmar** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **EVANGELINA GÓMEZ TRUJILLO** en contra **CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A.**

EXP. 11001 31 05 **023 2019 00320** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I.ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el cual fue a término indefinido, y finiquitó por causal imputable al empleador; en consecuencia, se condene a la Casa Editorial El Tiempo S.A. al pago de la indemnización del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, las

comisiones correspondientes a los meses de febrero a julio y septiembre a diciembre de 2014, febrero a diciembre de 2015, enero a abril y junio a diciembre de 2016, junio y julio de 2017 y enero y febrero de 2018; y que las sumas debidas sean debidamente indexadas (f.° 367 a 381).

Sustentó sus pretensiones en que desde el 5 de septiembre de 2011 se desempeñó como ejecutiva de ventas en la Casa Editorial El Tiempo S.A., en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, con una asignación mensual de $6.936.361; desde el 2014 sus ventas superaron las metas sin que la empresa cancelara los puntos porcentuales adicionales que debía pagarle por ello; el 11 de enero de 2019 se le notificó la apertura de un proceso disciplinario en el que se adelantó diligencia de descargos el 14 de enero siguiente, pero en la referida diligencia se vulneraron sus derechos de contradicción y defensa al no serle permitido conocer el material probatorio y presentar como justa causa para el despido una conversación de WhatsApp, ilegalmente recaudada (f.° 381-385).

La demanda se reformó en cuanto a las pruebas peticionadas (f.° 365-415).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda y su reforma se admitieron el 11 de julio y el 13 de diciembre de 2019, respectivamente, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 67, 416), quien contestó ambas con oposición con el argumento de haber cumplido sus obligaciones legales y alegó la configuración de una justa causa para la terminación del vínculo laboral; propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, falta de título y causa en la demandante para reclamar la indemnización del artículo 64 del Código Sustantivo del

Trabajo, improcedencia de los reajustes a las comisiones pretendidos, buena fe, pago, prescripción y compensación (f.° 124-134, 417).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 16 de diciembre de 2020, declaró la existencia de un contrato a término indefinido entre las partes, el cual duró vigente entre el 5 de septiembre de 2011 y el 15 de enero de 2019, día en que finalizó por causas imputables al empleador; en consecuencia, condenó a la demandada al pago de $36.362.711 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que, según ordenó, debe ser indexada, más las costas. En cuanto a las comisiones, declaró probada la excepción de compensación. Denegó el desconocimiento de documentos que realizó la demandante y adicionó la providencia en el sentido de imponer la sanción del artículo 274 del Código General del Proceso en cuantía equivalente a 10 s.m.m.l.v.

En lo que atañe a esta instancia, consideró insuficientes las motivaciones expuestas por la demandada para justificar el despido, pues con la autorización para el uso de datos móviles la empresa autorizó también el uso de la internet, y todo lo que ello conlleva, en el celular corporativo. Refirió que los grupos de WhatsApp se conforman de manera cerrada bajo la premisa de una privacidad que les otorga la plataforma.

Indicó, que a pesar de la negativa de la demandante de haber participado en el grupo de WhatsApp aducido en la carta de despido, del examen pericial se pudo establecer que la línea celular a ella asignada, era la que participaba en el grupo bajo el nombre de Eva Printer, de donde se deduce que sí tuvo participación en dicho grupo. Asimismo, respecto de los demás documentos (modelo de liquidación de comisiones y comprobantes de nómina) también pudo establecer su autenticidad, con el reconocimiento que de los mismos hizo tanto

la demandante como la representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte (f.° 424).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** solicitó no imponer la condena del artículo 274 del Código General del Proceso, o en su defecto disminuir la sanción, por no haberse aportado factura del peritaje y toda vez que en su momento, el juez fue claro en indicar que quien lo debía cancelar era la parte demandada.

La **demandada** manifestó su inconformidad respecto de la declaratoria de despido sin justa causa y el pago de la correspondiente indemnización, argumentando que según los hechos y pretensiones de la demanda el debate debía centrarse en la legalidad de las pruebas que sirvieron de sustento para el despido, pues nunca se alegó por la actora no haber incurrido en los hechos que dieron lugar al despido ni se cuestionó la existencia de una justa causa, por lo que la defensa se centró en acreditar la legalidad de la conversación de WhatsApp que dio sustento al despido por dar un uso indebido a las herramientas facilitadas para el desempeño de su labor. En ese sentido, considera que la primera instancia erró al adentrarse en el análisis de la justeza de las causales invocadas por la demandada para el despido.

Alegó que la autorización del uso de datos se desestima con las prohibiciones que se establecieron en el acta de entrega de la línea celular, por lo que es claro que con la conducta de la demandante se dio un uso indebido al teléfono corporativo al tratar asuntos diferentes a los laborales y descargar aplicaciones no autorizadas, omitiendo también el cumplimiento de los deberes contenidos en el numeral 23 del artículo 53 y el numeral 9.° del artículo 55 del Reglamento Interno de Trabajo. Además, al participar del grupo de

WhatsApp aducido en la carta de despido utilizando términos denigrantes hacia personas que hacen parte de la empresa, claramente dio un uso no laboral al celular y la línea puesta a su disposición por parte de la empresa.

V. CONSIDERACIONES

En estricta aplicación del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta Sala de Decisión, por cuestiones de método, tendrá como problema jurídico el verificar si la demandante dio un uso indebido a las herramientas de trabajo (teléfono móvil y línea celular) y si ello configura una justa causa para el despido; finalmente, se estudiará la viabilidad de la sanción contemplada en el artículo 274 del Código General del Proceso, a cargo de la parte demandante.

La parte demandada consideró errado el pronunciamiento de la primera instancia al centrarse en la validez de la justificación esbozada por la empresa empleadora para dar por terminado el contrato, sin considerar que los hechos que se le imputaron no fueron negados por la demandante, quien tampoco cuestionó la existencia de una justa causa en el libelo demandatorio.

Frente a ello, la Sala debe indicar que, si bien es cierto, del sustento fáctico de las pretensiones relacionadas con el despido sin justa causa no se desprende una negación de los hechos atribuidos a la demandante por parte de la empresa en la carta de despido, pues simplemente adujo que el finiquito del vínculo se debió a una causal imputable a su empleadora, quien además en la diligencia de descargos presentó una conversación de Whatsapp ilegalmente recaudada que no le fue permitida conocer, se debe tener en cuenta lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre el deber de interpretación de la demanda en el sentido de que, debido al carácter protector del derecho del trabajo y de la

seguridad social, el principio de congruencia implica *"obtener una respuesta judicial consecuente con los hechos probados en concertación con la necesidad de protección social del trabajador"*, pues el juez al momento de dictar la sentencia *"está en la obligación de interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, para lo cual debe tener muy presente todo el conjunto de ese libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi, buscando siempre una afortunada integración, por cuanto los dos forman un todo jurídico"* (CSJ SL392-2013, SL3209-2020).

Así, en este asunto resulta evidente que la solicitud de la declaratoria de despido por causal imputable al empleador y el pago de su correspondiente indemnización implica el rechazo por parte de la demandante de las causales alegadas para su despido, por lo cual, resulta absolutamente válido el análisis de la causa invocada para el despido. Además, téngase en cuenta que el procedimiento laboral contempla una etapa de fijación del litigio, que sirve para precisar el punto central del debate probatorio; por tanto, es durante esta etapa que los involucrados deben realizar las observaciones correspondientes que se presenten en torno al problema jurídico por resolver.

Dicha etapa procesal tuvo lugar durante la audiencia que se llevó a cabo el 1.° de octubre de 2020 en la que se dio por probado el hecho 1.1 referido al cargo desempeñado por la demandante en la Casa Editorial El Tiempo, y el *a quo* estableció que el debate se centraría en *"determinar la existencia de un contrato de trabajo entre la parte demandante y la empresa demandada. Si logramos determinar esa existencia, vamos a establecer la forma cómo terminó y el modo de terminación, el pago de comisiones efectuadas a la demandante y con base en ello, si hay lugar al pago de aportes a la seguridad social o reliquidación de todas estas acreencias laborales"*, pronunciamiento respecto del cual las partes no hicieron ninguna manifestación, luego de haber quedado notificados en estrados.

De manera que, sorprende ahora a la Sala, los argumentos expuestos por la demandada en su apelación, pues prácticamente cualquier vacío que, en gracia de la discusión hubiere podido quedar tanto en el *petitum* como en los fundamentos fácticos desde los albores de la demanda, fue sufragado con la fijación del litigio efectuada por el *a quo* y sin duda alguna, con la anuencia de parte de los contendientes de esta Litis, una vez conocido el contenido de la decisión tomada por el juez en aquella primera audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Aclarado lo anterior, adentrándonos en el estudio del fondo del asunto, es necesario recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido que le corresponde al trabajador demostrar el despido y al empleador la justificación del mismo (CSJ SL15094-2015 y SL5523-2016, entre otras). Igualmente es pertinente anotar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que solemnice la terminación del contrato de trabajo en los casos de renuncia y despido; esto quiere decir, que tanto la renuncia como el despido pueden darse de manera escrita o verbal, según lo decida quien toma la decisión de finiquitar el vínculo laboral.

Sin embargo, sí existe la obligación que la ley le fija a la parte que da fin al contrato de indicarle de cualquier modo a la otra parte, en el momento mismo de la terminación, de manera expresa y puntual, los motivos de su determinación, so pena de que la renuncia y el despido se tornen en decisiones puras y simples: en renuncia voluntaria y en despido sin justa causa (parágrafo del artículo 62 del CST). De manera que, si el trabajador pretende que la terminación de su contrato se tome como auto-despido o despido indirecto, debe cumplir a cabalidad dicho requisito, y lo mismo se predica del empleador que aspire a que el despido que fulmina el vínculo jurídico se considere como justo, pero en ninguno de los casos es de recibo alegar nuevos hechos, con posterioridad a la ruptura del vínculo, pues ello corresponde al principio fundamental establecido en el

artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, que se impone a los contratantes para actuar de buena fe en ejecución del contrato de trabajo, de lo contrario sería sorprender a la otra parte alegando motivos extraños que no adujo o distintos de los que manifestó inicialmente como justificativos de la terminación (CSJ SL592-2014 y SL11233-2015). El incumplimiento de ese deber legar, le quita toda validez a esos motivos y hace posible, en el caso del empleador, que reconozca a su trabajador la indemnización correspondiente por ruptura ilícita.

Adicional a lo anterior, en sentencia SL4547-2018, dicha Corporación estableció que la carta de despido, por sí sola, no es capaz de demostrar la existencia de los hechos allí invocados, razón por la que es menester que se complemente con otros medios de convicción, que acrediten la existencia de tales hechos pues "[n]*o basta con comunicar los motivos que llevan a finalizar unilateralmente el contrato laboral, dado que para que un despido se repute justo el empleador debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente su ocurrencia. De lo contrario, fallará en la labor demostrativa que le incumbe en el escenario judicial y las imputaciones en las que fundamentó la rescisión contractual quedarán como simples señalamientos sin confirmación.*".

En el presente caso, se acreditó el hecho del despido como quiera que ambas partes aportaron el escrito del 15 de enero de 2019 mediante el cual se le comunica a la demandante la decisión de terminar el contrato laboral (f.° 49, 350-351), por lo que a la parte accionada le corresponde demostrar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral.

En la referida misiva del 15 de enero de 2019, mediante la cual se terminó unilateralmente el contrato de trabajo, la demandada adujo los siguientes motivos:

> *"(...)1. La Empresa tuvo conocimiento en fecha 30 de noviembre de 2018, por medio de la información contenida en el celular corporativo de ex colaboradora Johanna Díaz, que usted incumplió con sus obligaciones*

laborales y contractuales, toda vez que utilizó el celular corporativo a usted entregado por parte de la empresa para fines distintos a los contratados, puesto que hacía parte del grupo de "WhatsApp" (...), el cual no se utilizaba para fines laborales.

Conforme a lo anterior, encontramos que usted incumplió con sus obligaciones laborales y contractuales, específicamente con las establecidas en el numeral 23 del artículo 53, y el numeral 9 del artículo 55 del Reglamento Interno de Trabajo.

2. Por los anteriores hechos, y dando total respeto su derecho el de bido proceso, a la defensa y contradicción, la compañía la citó a diligencia de descargos en fecha 14 de enero de 2019; no obstante, en la mencionada diligencia usted se limitó a evadir su responsabilidad en los hechos por los cuales fue citada a la diligencia de descargos, toda vez que se negó a aceptar su participación en el grupo de WhatsApp en cuestión, aun cuando claramente en las pruebas a usted puestas en evidencia se demuestra que hacía parte del mismo, y que la totalidad de los miembros del grupo hacían parte de la empresa, y que en el mismo se trataban temas laborales.

3. Adicionalmente, cuando se le preguntó si usted utilizaba la aplicación de WhatsApp para comunicarse con los clientes afirmó: "sí". Por lo anterior, se le pidió confirmar que si la empresa no pagara la línea usted no tendría acceso a WhatsApp, a lo que usted manifestó: "No, no tendría".

4. Las anteriores respuestas ponen en evidencia que usted conocía de manera previa que el celular corporativo era una herramienta brindada por la compañía para facilitar el cumplimiento de sus funciones; sin embargo, de manera omisiva de las normas decidido darle un uso distinto, toda vez que lo utilizó para uso personal.

En concordancia con lo anterior, su comportamiento evidencia que no previó las consecuencias de sus actos ni los riesgos y traumatismos a los que expuso la empresa. Así las cosas, su falta total de atención a las normas establecidas por la empresa, como lo es el reglamento interno de trabajo, por usted conocidas con anterioridad, no sólo dejan ver su descuido en el desempeño de sus obligaciones, sino que son motivo de grave preocupación para la empresa respecto al adecuado cumplimiento de las funciones a su cargo.

Por todo esto, la empresa evidenció una conducta indisciplinada y negligente de su parte, ocasionando que se perdiera la confianza depositada en usted como trabajadora, lo cual hace incompatible su presencia en la compañía, situación que conlleva a que se dé por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa (...)."

De lo anterior, la demandada concluyó que con su actuar la ex trabajadora había desconocido lo dispuesto en los artículos 53 numeral 23 y 55 numeral 9.° del Reglamento de Trabajo y numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo; por ende, le dio por terminado el contrato de trabajo a la demandante, a partir de la finalización de la jornada del 15 de enero de 2019.

Procede la Sala, a enfocarse en el estudio de fondo del asunto, en lo correspondiente al recurso presentado por la demandada en torno al incumplimiento de las disposiciones del Reglamento Interno

de Trabajo, por haber dado un manejo indebido a las herramientas de trabajo como causal de terminación del contrato de trabajo.

De la documental aportada se tiene: *i)* que el Reglamento Interno de Trabajo (f.° 323-343) efectivamente contiene la obligación n.° 23 del artículo 53 de *"Utilizar de manera adecuada las herramientas de trabajo, única y exclusivamente para los fines previstos por la empresa"* y su correspondiente prohibición n.° 9 del artículo 55 respecto de *"Usar los útiles o herramientas suministradas por la empresa en objetivos distintos del trabajo contratado (artículo 60 del C.S.T.)"*; *ii)* que mediante acta del 6 de abril de 2018 se hizo entrega a la demandante del teléfono Huawei P9 Lite y de la línea 3204900219 con 980 minutos y 3GB de datos, cuyo valor se advirtió allí que, sería descontado por nómina (f.° 349); y *iii)* que dichos descuentos fueron ciertamente realizados a la demandante como se constata en los desprendibles de nómina adosados por las partes (f.° 38-41, 263-285).

Asimismo, se acreditó que la demandante participó de un grupo de WhatsApp junto con otras compañeras de trabajo, según se deduce no solo de la aseveración de la señora Evangelina Gómez en su interrogatorio de parte al indicar que era la única que utilizaba la línea corporativa que le fue entregada, sino del informe pericial en el que se indica que la participante del grupo que se hacía llamar *"Eva Printer"* correspondía a esa misma línea telefónica.

Sin embargo, la autorización que dio la empresa empleadora para el uso de datos en el celular suministrado a la trabajadora, se visualiza en el acta de entrega de dicho equipo; y el cobro del costo de dicho servicio de datos móviles dentro de su nómina, implica una autorización tácita por parte de la demandada al uso de todo lo que implica el acceso a internet, esto obviamente dentro del marco de la legalidad y las precauciones que requiere el teléfono móvil para su adecuado funcionamiento.

Lo anterior, en tanto las herramientas tecnológicas se han convertido en un instrumento indispensable para el desarrollo del estilo de vida moderno y la cotidianidad, afectando aspectos tan trascendentales del desarrollo humano como la vida en sociedad, la comunicación, el acceso a la información, el acceso a la educación, entre muchos otros. Es, precisamente, a través de los mensajes de datos que logramos tener acceso a dichas herramientas. Por tanto, pretender limitar el uso de los datos móviles de los trabajadores a temas exclusivamente laborales, cuando quien sufraga el costo de dicho servicio es el mismo empleado, implica un ejercicio desbordado de las cláusulas contractuales en claro desmedro de los derechos y la intimidad de los trabajadores, máxime cuando Ana Milena Grajales, manifestó en la diligencia de descargos, que en calidad de jefe directa, se comunicaba por el whatsapp con la demandante por medio de su celular corporativo, para tratar temas laborales, aun cuando es de su pleno conocimiento que el plan de datos, lo pagan los mismos trabajadores; de modo que dicha aplicación también era avalada en su descarga al teléfono corporativo y utilizada para cuestiones laborales, como el hecho de comunicarse con los clientes asignados a la demandante y con sus mismos jefes, de ahí que por lo general de la causal endilgada, no se considera que la demandante hubiera desconocido gravemente las obligaciones y prohibiciones dispuestas como trabajadora tanto en el contrato de trabajo, como en el Reglamento Interno de Trabajo y en el Código Sustantivo del Trabajo.

Además, nótese que tanto en citación a diligencia de descargos, como en la diligencia misma y la carta de terminación del contrato de trabajo (f.° 45-499, la demandada de manera demasiado genérica le reprochó a la demandante el hecho de pertenecer junto a otras compañeras de trabajo a un grupo de whatsapp, que era utilizado para tratar temas personales y laborales de la compañía; empero, pese al contenido de las conversaciones desarrolladas entre el 17 de agosto y el 30 de noviembre de 2018 por las 5 mujeres compañeras de trabajo e integrantes del mencionado grupo de chat, incluida la

demandante, que fue aportado como prueba de f.° 310 a 321, la empleadora nunca endilgó de manera clara, específica e individualmente considerado, un mal comportamiento que se pueda desprender de dichos diálogos, ni el contexto en sí de los mismos, o la enunciación mala o buena de otras personas de la compañía dentro de las conversaciones allí vertidas.

De manera que, la demandada no puede indicar ahora en su apelación, que la trabajadora fue despedida por descargar en el teléfono corporativo aplicaciones de datos no autorizadas y utilizar términos denigrantes hacia personas que hacen parte de la empresa, porque esos precisos comportamientos no fueron aducidos en manera alguna ni en la diligencia de descargos, su citación, y mucho menos, en la carta de terminación del contrato de trabajo, de modo que no puede sorprender a la ex trabajadora con causales nuevas que no fueron alegadas al momento de poner finiquito al nexo contractual.

Así que, no se encuentra acreditado cuáles fueron los riesgos y traumatismos a los que según la carta, fue expuesta la empresa con el comportamiento de la demandante, como tampoco de qué manera descuidó su desempeño de las obligaciones laborales, al hacer uso de la mencionada aplicación; por ende, considera la Sala que la demandada no corrió con la carga probatoria que le correspondía al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso para demostrar la justeza del despido, pues en esta eventualidad en específico, se debe tomar el despido como puro y simple ante la generalidad en la causal alegada, dando lugar al pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST a favor de la demandante; por lo que solo bajo las anteriores consideraciones se **confirma** la decisión condenatoria apelada.

Ahora, en lo que atañe a la sanción de que trata el artículo 274 del Código General del Proceso, se tiene que comoquiera que en este

asunto los documentos desconocidos por la parte demandante, respecto de los cuales en primera instancia se declaró no probado el desconocimiento ante el dictamen rendido por auxiliar de la justicia, no eran representativos de dinero y toda vez que el incidente fue decidido en su contra, procede la sanción legal mínima de 10 salarios mínimos legales impuesta en la sentencia recurrida, máxime cuando se practicó el procedimiento previsto en el artículo 270 *ibídem* con el cual se llegó a la conclusión a la que arribó el *a quo* en relación con la veracidad de la documental desconocida inicialmente por la parte actora.

Teniendo en cuenta que dicha sanción se impone con criterios eminentemente objetivos, y solamente atendiendo la no prosperidad de la tacha en cuestión, como aquí ocurrió, en nada afecta la orden que el *a quo* hubiera impuesto para efectos de cargar el pago del dictamen a una u otra parte, dado que ello deberá tenerse en cuenta al momento de liquidar las costas procesales en el momento oportuno, de conformidad con los articulo 365 y 366 *ídem,* y para tal efecto se pueden consultar las sentencias CSJ SL, 13 sep. 2011 rad. 38216 rememorada en la SL4593-2020, siendo en los anteriores términos la sentencia **confirmada** en este aspecto.

Así las cosas, la sentencia apelada será **confirmada** en su integralidad. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS EDUARDO ROMERO VALENCIA** contra **XILEM WATER SOLUTIONS COLOMBIA SAS.**

EXP. 11001 31 05 **010 2018 00549** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 10.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, vigente entre el 1.° de febrero de 2008 y el 30 de marzo de 2017 y que, en

consecuencia, se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, causados a lo largo del vínculo; a la indemnización del artículo 5.° del Decreto 116 de 1976 por no pago de los intereses a las cesantías, al pago de horas extras, a la devolución de pagos por aportes a la seguridad social realizados como independiente, al pago de aportes en pension dejados de cancelar, al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, al pago de las sanciones de los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, a la indexación e intereses bancarios (f.° 75 - 76).

Como sustento relevante de sus pretensiones sostuvo que se vinculó a la demandada el 1.° de febrero de 2008 y ocupó el último cargo denominado responsable del área de IT en Colombia y Panamá, siendo despedido sin justa causa el 30 de marzo de 2017; que el último salario percibido fue de $1.563.540 mensuales y para el pago del mismo debía presentar cuentas de cobro; que realizó aportes a seguridad social como independiente, y que no recibió vacaciones, ni prestaciones sociales (f.° 72-74).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de diciembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 93), quien dio contestación con oposición bajo el argumento de que el demandante no ha tenido vínculo laboral con la entidad, y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción extintiva de los derechos y la consecuente caducidad de la acción, compensación, buena fe de Xylem Water Solutions Colombia S.A.S., falta de legitimación en la causa por pasiva, y enriquecimiento sin causa-mala fe del actor (f.° 119-122).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de septiembre de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de contrato de trabajo propuesta por Xylem Water Solutions Colombia S.A.S. y, en consecuencia, la absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

En lo que interesa a la alzada, argumentó que la prestación del servicio se encuentra acreditada con la documentación y las declaraciones recibidas a lo largo del proceso, por lo que debía aplicarse la presunción d

el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo.

No obstante, estimó que la demandada logró desvirtuar dicha presunción, pues de los correos electrónicos adosados; del interrogatorio de parte que rindió el demandante en el que indicó que fue contratado inicialmente para el arreglo de un computador y a los dos años se le solicitó presentar una propuesta de servicios, que se comprometió a prestar el servicio dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud del servicio, que él mismo se incluyó dentro del sistema de registro biométrico de la empresa; se evidencia la independencia en el manejo de su horario y los términos del contrato, así como que su registro de entrada y salida no se dio por exigencia de la empresa sino por su propia inclusión al hacer la instalación del sistema de biometría (f.° 655, 656).

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandante argumentó que frente a la subordinación, la misma no se acredita únicamente con la demostración del cumplimiento de un horario, sino que ella implica el cumplimiento de órdenes y que en el asunto se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, por lo que no es

necesario acreditar la subordinación, en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Argumentó que la principal característica del contrato de prestación de servicios es que debe constar por escrito, lo cual no sucede en este asunto y la certificación aportada que, si bien indica que había una vinculación por prestación de servicios, da cuenta de que la remuneración era de $1.563.540 mensual y no por número de equipos atendidos; señala que si no hubiera acudido diariamente a la empresa, no le habrían cancelado ese salario y cuando se mencionan las cuatro horas, se trata de cuatro horas adicionales a las trabajadas regularmente. Incluso, la testigo Anita indicó que el demandante tenía que tener disponibilidad permanente vía telefónica cuando no estaba presente en la empresa y, de ser el caso, debía conectarse vía remota.

Refiere que si nunca le hicieron un llamado de atención fue porque siempre cumplió con su trabajo pero sí le decían *"tiene que ayudarle al ingeniero tal o al gerente tal a que cumpla tal cometido porque su computador no le funciona"* y que los llamados de atención verbales los recibió de parte del señor Daniel Guzmán.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará inicialmente si en efecto se acreditan la subordinación y el salario, como elementos de la relación laboral.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajadora, la continuada subordinación o

dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Alega la recurrente que la prestación personal del servicio se encuentra probada con el material probatorio aportado al proceso y por tanto, debió darse aplicación a la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, se observa que la primera instancia sí dio aplicación a la norma en mención en razón a que de las certificaciones y las declaraciones recibidas en el curso del proceso encontró probada la prestación personal del servicio.

En efecto, a folio 135 reposa certificación del 31 de marzo de 2017 en la que la empresa Xylem Water Solutions Colombia S.A.S. indicó que el señor Carlos Eduardo Romero Valencia *«presta sus servicios como responsable del área de IT en nuestras oficinas Colombia y Panamá en la compañía desde febrero de 2008, con un contrato de prestación de servicios, y sus honorarios mensuales son de un millón quinientos sesenta y tres mil quinientos cuarenta pesos mtce. ($1.563.540)».*

La prestación de los servicios por parte del demandante de manera personal y en favor de la empresa Xylem Water Solutios Colombia S.A.S., también se deduce de las conversaciones vía correo electrónico de folios 10 a 21 y 143 a 151 en las que se discuten temas

relativos a la continuidad del servicio, horas de trabajo mensuales y los honorarios adeudados por la empresa, así como de los informes de actividades (f.° 158-281) aportados por la empresa demandada.

Ahora, es necesario precisar que, como se dijo previamente, la presunción legal que establece el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene la posibilidad de ser desvirtuada, mediante prueba en la que se acredite una relación distinta de la laboral y que evidencie que no se cumplen los otros dos elementos característicos del vínculo laboral. Se trata, en otras palabras, de un traslado de la carga de la prueba a la parte demandada, quien es ahora la que debe acreditar la inexistencia de dicha relación.

En ese sentido, la empresa demandada alega que el vínculo que existió con el señor Carlos Eduardo Romero Valencia fue de naturaleza civil, en virtud del cual prestó sus servicios como responsables de los servicios de IT para Colombia y Panamá, de manera autónoma e independiente, que se dio por terminado de común acuerdo.

Adentrándonos en el análisis tendiente a verificar si efectivamente la demandada logró desvirtuar los elementos de la relación laboral, lo primero por mencionar es que el contrato de prestación de servicios es un contrato consensual y por tanto no requiere de ninguna solemnidad; además, como en el presente asunto una de las partes es comerciante, resultaría aplicable el artículo 824 del Código de Comercio que dispone que *«Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad»*, por lo que resulta desacertada la afirmación de que el contrato de prestación de servicios, debe constar por escrito.

Adicionalmente, si bien el representante legal de la demandada informó que no hubo un contrato escrito de prestación de servicios escrito, ello no implica que no se hubiera llegado a un acuerdo en tal sentido y de ello da cuenta la oferta de servicios datada el 16 de enero de 2014 remitida por el señor Carlos Eduardo Romero a la demandada «*para SOPORTE INTEGRAL DE HARDWARE*» que incluye, entre otras cosas, la evaluación de los casos de daños de los computadores, detección y erradicación de virus, mantenimiento periódico físico preventivo de equipos, soporte telefónico permanente respecto a hardware y software y mantenimiento correctivo a realizar dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud y en horario de oficina. Respecto de la disponibilidad de tiempo, se ofreció un rango de 56 a 86 horas incluyendo 20 a 22 horas de soporte telefónico con presencia en la oficina de 8 horas diarias dos días a la semana y en cuanto a los honorarios, se indicó que los servicios así ofrecidos tenían un precio de $1.600.000 mensuales (f.° 136-142).

Durante el interrogatorio de parte, el demandante también dejó ver que el vínculo que tuvo con la empresa Xylem Water Solutions Colombia S.A.S. era de orden civil y no laboral. En este sentido refirió que durante alrededor de dos años la demandada lo contactaba cada que requería el arreglo puntual de un computador y que luego se le solicitó la presentación de una oferta de servicios (en enero del 2014), momento desde el que inició a prestar soporte IT tanto presencialmente como vía telefónica y mediante conexión remota en Colombia y Panamá. Dejó clara la autonomía que tenía en la prestación del servicio, pues él quien impuso la política de atender los requerimientos dentro de las 24 horas; no tenía un horario para acudir a las oficinas, de hecho, hubo días que no asistía sin que hubiera ninguna repercusión si no lo hacía y era autónomo en el desempeño de sus labores.

Sobre este último aspecto, es necesario diferenciar entre las indicaciones recibidas para realizar una determinada labor en cuanto

a las necesidades y otra las indicaciones respecto a cómo realizar dicha labor; es decir, es distinto indicar al ingeniero o técnico en sistemas que estructure *verbi gracia* una red para atender determinadas necesidades, a especificarle e indicarle cómo debe hacerlo y en este aspecto, tanto sus declaraciones como las del representante legal de la demandada y las de la testigo Adriana Velásquez, dejan ver que era completamente autónomo.

Ahora, asegura el recurrente que está probado que asistía diariamente a las instalaciones de la demandada, argumentando que si no lo hubiera hecho así, simplemente no hubiera recibido su pago. Sobre este punto el señor Romero Valencia, en su interrogatorio de parte fue claro en explicar que los pagos estaban sujetos a un número de horas de servicio prestadas mensualmente y que incluso hubo un momento en el que si se consumían esas horas y se presentaba una necesidad, la misma quedaba pendiente, quedando él, ausente de la empresa hasta el mes siguiente; luego, no es cierto que debiera cumplir con la obligación de estar todos los días presente en la oficina sino que tenía una asignación de honorarios mensual para cumplir con un número límite de horas de servicio, que incluso el demandante las podía desarrollar en el horario que a bien tuviera.

En cuanto al carné que le fue expedido al señor Carlos Romero por la empresa demandada, la testigo Adriana Velásquez, explicó que Xylem Water Solutions Colombia S.A.S. operaba en un complejo de bodegas denominado San Cayetano, para cuyo acceso era necesaria una identificación, explicación que resulta razonable, máxime teniendo en cuenta que el demandante debía asistir con frecuencia para el desempeño de la labor contratada y que era el único en la compañía en Colombia que podía ejecutar las funciones que tenía a cargo por tratarse de actividades ajenas a la línea de negocios de la demandada.

En síntesis, del caudal probatorio aportado, se encuentra acreditado que el demandante fue contratado para desempeñarse como responsable del área de IT, labor que desempeñó con total independencia y autonomía, estableciendo sus propios horarios y las condiciones del servicio; de modo que, la labor ejecutada fue de carácter independiente, sin que en ello tuviera injerencia la persona natural demandada. Así las cosas, teniendo en cuenta la autonomía que tuvo el demandante, quedó desvirtuada la presunción de subordinación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que se activó al acreditar la prestación del servicio, por ende se colige que no fue una relación de carácter dependiente, lo que pudo haberlo atado con la demandada, sino la existencia entre las partes de una coordinación de actividades para el soporte integral en el área de sistemas, que de ninguna manera genera el pago de prestaciones sociales.

En consecuencia, como no se verificó que las actividades desarrolladas por el demandante, hubieran sido subordinadas y dependientes de la demandada, sino que actuó de manera discontinua e independiente, se **confirmará** la decisión apelada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

RESUELVE:

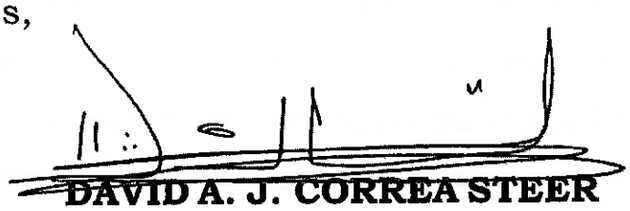
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

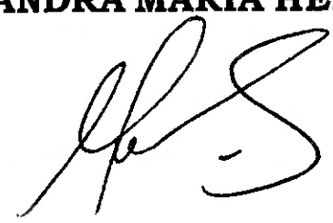
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ VICENTE LÓPEZ GORDILLO** contra **GUARDIANES COMPAÑÍA LÍDER DE SEGURIDAD LTDA., ANGÉLICA MARÍA MORENO CUÉLLAR, MIGUEL ÁNGEL BARRERA RUBIANO, AMÉRICA OJEDA FIGUEREDO, PORVENIR S.A., SALUDCOOP E.P.S., CAFESALUD, MEDIMÁS EPS SAS.**

EXP. 11001 31 05 **008 2014 00123 02.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y

Saludcoop E.P.S., contra la sentencia proferida por el Juzgado 8.° Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare que entre él y la empresa Guardianes Compañía Líder de Seguridad Ltda. existió un contrato de trabajo a término indefinido y que existe solidaridad entre dicha empresa y los señores Angélica María Moreno Cuéllar, Miguel Ángel Barrera Rubiano y América Ojeda Figueredo; en consecuencia, se condene a los antes mencionados al pago de incapacidades a él otorgadas durante los meses de marzo a diciembre de 2013 y enero y febrero de 2014; al pago de las incapacidades que eventualmente haya dejado de cancelar el empleador desde la presentación de la demanda; al pago de cesantías causadas durante el 2013, primas desde 2013 a la presentación de la demanda, vacaciones del 1.° de agosto de 2011, al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (f.° 6).

Como sustento relevante de sus pretensiones manifestó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Guardianes Compañía Líder de Seguridad Ltda. el 1.° de septiembre de 1999, que el 1.° de agosto de 2001 firmó uno nuevo contrato también a término indefinido; que de manera subordinada y cumpliendo órdenes, desempeña el cargo de vigilante; que recibe como sueldo un salario mínimo más recargos nocturnos; que se encuentra afiliado a la E.P.S. Saludcoop, a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. y a la A.R.L. Colpatria S.A.; que fue incapacitado el 31 de mayo de 2012 por enfermedad común, fecha desde la cual ha continuado incapacitado; que ha entregado oportunamente las incapacidades

médicas a su empleador, quien adeuda las de marzo de 2013 a febrero de 2014, y que la compañía para la cual trabaja pertenece a los señores Angélica María Moreno Cuéllar, Miguel Ángel Barrera Rubiano y América Ojeda Figueredo (f.° 3-5).

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 11 de marzo de 2014, ordenándose la notificación y traslado a los demandados (f.° 64).

Guardianes Compañía Líder de Seguridad Ltda., contestó con oposición a todas las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de pago de los derechos legalmente causados, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, falta de título y de causa en la demandante y compensación (f.° 156-157). Llamó en garantía a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. (f.° 242-243), llamamiento que fue aceptado en auto del 11 de diciembre de 2015 (f.° 277).

Angélica María Moreno Cuéllar, Miguel Ángel Barrera Rubiano y América Ojeda Figueredo, se opusieron a la totalidad de las pretensiones y excepcionaron inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de los demandados, compensación, falta de título y de causa en la demandante y pago de los derechos legalmente causados (f.° 271).

Porvenir S.A., contestó manifestando no oponerse ni allanarse a las pretensiones que no se dirigen contra ella y se opuso a las que sí la afectan, para lo cual argumentó no estar obligada al pago de subsidio por incapacidad alguno por cuanto no existió concepto

favorable de rehabilitación por parte de la E.P.S. SaludCoop. Propuso como excepciones de mérito las de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción y la innominada (f.° 288-289).

Vinculada al proceso en la diligencia de saneamiento, Cafesalud E.P.S., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y presentando como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y buena fe (f.° 502-503).

Posteriormente, en auto del 24 de enero de 2018, se ordenó la vinculación de las EPS Salud Coop y Medimás (f.° 510); la primera se opuso y para tal efecto excepcionó cobro de lo no debido y prescripción (f.° 557-559). La segunda, al oponerse propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, ausencia de causa real y lícita, Medimás no fue parte en la relación sustancial referida en la demanda (f.° 582-594).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 18 de agosto de 2020, condenó a Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de las incapacidades causadas a favor del demandante desde del 1.° de marzo de 2013 hasta el 6 de diciembre del mismo año; condenó a Saludcoop E.P.S. al reconocimiento y pago de las incapacidades causadas a favor del actor desde el 7 de diciembre de 2013 hasta el 28 de febrero de 2014, y absolvió a los demandados Guardianes Compañía Líder de Seguridad Ltda., Angélica María Moreno, Miguel Ángel Barrera Rubiano y América Ojeda Figueredo y a las vinculadas Cafesalud E.P.S. y Medimas E.P.S. de todas las

pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, motivó la decisión en que las incapacidades causadas corresponden al período comprendido entre el 17 de marzo de 2013 [sic] y el 3 de febrero de 2014, y que a partir del día 181 y hasta el día 540 de incapacidad (6 de diciembre de 2013 [sic]), por regla general, es a la AFP quien debe cancelar la prestación económica de ese interregno, sin importar si el concepto de rehabilitación es favorable o desfavorable; por lo que en este asunto las responsables de las incapacidades emitidas en favor del demandante son Porvenir S.A. y, desde el día 541 (7 de diciembre de 2013 [sic]), Saludcoop E.P.S.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir S.A., indicó que el demandante radicó los documentos exigidos para el proceso de valoración de invalidez el día 6 de febrero de 2013 surtiéndose todo el trámite previsto en la ley para la calificación de la pérdida de incapacidad laboral del actor, el cual culminó con la expedición del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 8 de abril de 2014, asignándose un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 39,14% de origen común.

Agregó, que dicho dictamen se encuentra en firme y las incapacidades cuyo cobro se pretende, corresponden a períodos posteriores a la fecha de inicio del trámite e incluso luego de la fecha en que se emitió la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, Porvenir no está obligada al pago de subsidio por incapacidad por cuanto no existió concepto favorable de rehabilitación por parte de la E.P.S. Salucoop, y porque ya había sido

emitido el dictamen de pérdida de capacidad laboral y no fue postergado el trámite de calificación del afiliado, ante la junta. En este asunto, no se cumple con ninguno de los requisitos establecidos en el inciso 3 del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 y el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 para que una administradora de pensiones sea obligada a responder por el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad.

Saludcoop E.P.S., manifestó su inconformidad con la decisión, en tanto la negativa al reconocimiento y pago de las incapacidades con posterioridad a 181 días se dio de conformidad con el Decreto 2463 de 2001 y el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que señalan que el reconocimiento y pago de las incapacidades del trabajador derivadas de una enfermedad no profesional que está a cargo de la E.P.S. desde el 4.° día y a los 180 días deja de tener la responsabilidad de reconocer el pago, y que es la AFP quien debe responder por los días adicionales de incapacidad.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará a qué entidad corresponde el pago del subsidio de incapacidad después del día 180 de incapacidad, cuando existe concepto no favorable de rehabilitación.

El artículo 1.° del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1.° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, prevé que las incapacidades originadas por enfermedad general corren a cargo del empleador durante los 2 primeros días, a partir del tercero y hasta el 180 están en cabeza de la entidad promotora de salud y desde el día 181 en adelante le corresponde a la administradora de fondos de

pensiones, de acuerdo con lo establecido en los artículos 206 de la Ley 100 de 1993 y 23 del Decreto 2463 de 2001.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, dispuso que en caso de que la incapacidad por enfermedad común supere el citado término, dicho subsidio estaría en cabeza de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, la cual postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS; lo anterior, siempre y cuando la EPS hubiese emitido el concepto favorable de rehabilitación antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal, remitido antes de cumplirse el día 150.

En el evento de que el mencionado concepto no sea emitido oportunamente, la entidad promotora de salud, será la encargada de cancelar las incapacidades causadas a partir del día 181 y hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido (CSJ STL10651-2018).

A lo anterior, se agrega que artículo 67 de la Ley 1735 de 2015, (*Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"*), estableció que cuando las incapacidades superen los 540 días, la prestación debe ser pagada por la E.P.S. y el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, *«Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parle 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones»*, contempló que ello ocurrirá, cuando se dé alguno de los siguientes casos: *«1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico. 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante. 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente»*.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el pago de las incapacidades superiores a los 180 días, en los casos en los que existe un concepto desfavorable de rehabilitación tanto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, al realizar un análisis sistemático del artículo 142 del mencionado Decreto 19, han adoctrinado que la obligación también en este caso está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, por cuanto su responsabilidad en el pago va hasta agotar las instancias de cada caso y la indeterminación legal frente a este aspecto no es una carga que deba ser soportada por el afiliado, en virtud del derecho a la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral (CSJ STL9950, STL16245 y STL19348 de 2017, STL15409-2018, STL12778 y STL6093-2019, CC T-004-2014, T-144-2016, T-446, T-401[1] y T-200 de 2017, y T-268-2020); decisiones que constituyen criterio orientador razonable en torno al pago de las incapacidades.

En el presente caso, se acreditó que el demandante fue afiliado por parte de su empleador de la época, para los riesgos de IVM en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., desde el 1.° de julio de 2004 (f.° 170, 290); así como que se encuentra afiliado al Sistema General de Salud en el régimen contributivo desde el 5 de enero de 2000 (f.° 169). A folios 172 a 177 y 226 a 237 reposa constancia de los aportes realizados por la empresa Guardianes Compañía Líder en Seguridad Ltda. desde abril de 2007 hasta junio de 2014.

De igual forma se demostró con la documental que obra a folio 562 a 573 que el demandante gozó de incapacidades laborales por enfermedad de origen común prorrogadas por parte de la EPS

[1] Respecto de la cual se rechazó la solicitud de nulidad impetrada, en auto A-139-2018.

SaludCoop, bajo el mismo diagnóstico (M190) desde el 31 de mayo de 2012 hasta el 12 de junio de 2014, por tanto, completó 743 días de incapacidad sin interrupciones, por lo que se tienen como continuas. Asimismo, se observa que las incapacidades reclamadas desde el libelo, esto es, las correspondientes a los meses que van desde marzo de 2013 a febrero de 2014, no han sido reconocidas.

Ahora, a pesar de que dentro del plenario no obra copia del concepto de rehabilitación emitido por la EPS, la verdad es que Porvenir SA en su impugnación insistió en que no existió concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS Saludcoop, y en la contestación a la demanda, señaló que el 6 de febrero de 2013 el demandante radicó documentos básicos exigidos para el proceso de valoración de invalidez, *«dentro de los cuales se encontraba el concepto no favorable de rehabilitación emitido por la»* mencionada EPS (hecho n.° 2 de la defensa f.° 286), lo que además se corrobora con el formulario radicado el mencionado día ante Porvenir con el n.° 0190105020145700 que reposa a f.° 301 de donde se colige que en efecto, dicho concepto se aportó aquel día.

De manera que, resulta claro que se emitió un concepto desfavorable de rehabilitación, y al margen de la fecha en que haya sido emitido, sobre lo cual se reitera no hay prueba que así lo informe, le corresponde a la AFP el reconocimiento del subsidio de invalidez después de los 180 días, pues, al tenor de lo dispuesto en el inc. 5 ídem y el par. 4° del art. 5 de la Ley 1562 de 2012, y de acuerdo con lineamientos trazados por la jurisprudencia en cita, independientemente del sentido del concepto de rehabilitación son las administradoras de fondos de pensiones las llamadas a cumplir con dicho pago, cuando las incapacidades de origen común superan los 180 días, como aquí ocurre, es decir, desde el día siguiente a la obligación por cuenta de la EPS (28 de noviembre de 2012) hasta el día 540 (22 de noviembre de 2013), con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, dado que a partir de allí, en principio,

nuevamente pagaría la prestación económica, la EPS por disposición de los artículos 67 de la Ley 1735 de 2015, y 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, aun cuando haya concepto desfavorable de rehabilitación, por cuanto tal prestación económica deberá cubrirse hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez, de ser el caso, en procura de la protección del derecho fundamental al mínimo vital.

Es cierto, como lo dice la Administradora recurrente, que las incapacidades reclamadas corresponden a periodos posteriores a la fecha en que el actor radicó la documentación requerida para el proceso de valoración de invalidez, el 6 de febrero de 2013. No obstante, ese hecho no tiene ninguna incidencia en el reconocimiento del subsidio de invalidez a su cargo, porque existiendo un concepto un concepto no favorable de rehabilitación, era el deber legal del fondo de pensiones no solo pagar las incapacidades posteriores al día 181, sino proceder a realizar la calificación de la patología del afiliado en primera oportunidad, máxime cuando el artículo 2.2.3.3.2. del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 3.° del Decreto 1333 de 2018, dispone que la calificación definitiva puede realizarse en cualquier momento una vez haya sido emitido el concepto desfavorable de rehabilitación.

De modo que, con la documental reseñada, particularmente los conceptos de las Juntas Regional y Calificación de Invalidez, que establecieron un 39.14% como pérdida de la capacidad laboral del demandante con origen común (f.° 305 a 319), se puede concluir que aun cuando el proceso de calificación inició el 24 de mayo de 2013 en primera oportunidad por parte de Porvenir SA, y perduró hasta el 8 de abril de 2014, data en la que se expidió el último dictamen de la Junta Superior Calificadora, con el que se verifica que el afiliado no alcanzó el porcentaje requerido de invalidez, y por sus precarias condiciones de salud como siguió generando incapacidades laborales, considera la Sala que, era hasta esta última data, cuando menos, que le correspondía a Porvenir SA, continuar con el pago de las

incapacidades, dado que es evidente que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Empero, entrar a modificar la decisión de la *a quo* en este sentido, sería aumentar la condena a cargo de Porvenir SA y por ende, ir en detrimento del principio de la *non reformatio in pejus* en la medida en que la apelación del fondo privado de pensiones, se centró exclusivamente en que las incapacidades a las que fue condenada fueron expedidas con posterioridad al momento en que se calificó la PCL del demandante, y que en todo caso, no estaba obligada al pago de ninguna de ellas, al existir un concepto desfavorable de rehabilitación por parte de la EPS.

En este punto se precisan tres cosas: la primera, que tampoco habría lugar a modificar el extremo final señalado como condena a cargo de Porvenir SA, en aras de atender los argumentos expuestos por Saludcoop en su apelación, dado que la EPS se ciñó a argumentar que la única responsabilidad que corría a su cargo, era el pago de las incapacidades causadas entre el día 4.° y el día 180, y en el transcurso de esta providencia se dejó claro el motivo por el cual a las EPS también les corresponde pagar el subsidio por incapacidad con posterioridad al día 541 inclusive.

La segunda, que aun cuando la *a quo* se equivocó al hacer el conteo de los días acumulados por incapacidades ininterrumpidas, en la medida en que, si la primera incapacidad se otorgó desde el 31 de mayo de 2012, el día 180 realmente corresponde al 27 de noviembre de 2012, y el día 540 al 22 de noviembre de 2013 y no a la fecha mencionada en la sentencia apelada (6 de diciembre de 2013), porque en verdad correspondería al acumulado de 554 días, que en todo caso, se encuentra dentro del límite que considera la Sala ha debido imponerse la condena para Porvenir SA, teniendo en cuenta la data del último dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues *«mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la*

pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales» hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez en cumplimiento del principio de solidaridad y con el fin de resguardar los derechos fundamentales de una persona en condiciones de debilidad manifiesta (CC T-004-2014, CSJ STL6093-2019).

Y la tercera, que a la normativa que funda esta providencia se ha acudido en casos similares, al margen de que la incapacidad inicial que fue prorrogada en el tiempo, haya comenzado desde antes de la expedición de la mencionada Ley 1753 del 9 de junio de 2015, mediante la cual el legislador superó al vacío legal que en el pasado existía en relación con la entidad que debe asumir el pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 540 (CC T-161-2019, T-200-2017, T-144-2016, CSJ STL19348-2017, reiterada entre muchas otras, en la STL2983-2018, caso en el que las incapacidades iniciaron antes de la Ley 1753, como en la STL16504-2016), pues es de aplicación inmediata e incluso retroactiva, en virtud del principio de igualdad, ya que la Ley no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de su promulgación. Y un déficit normativo no puede constituirse en una forma de vulnerar los derechos fundamentales que se resguardan con el pago de la incapacidad, sobre todo tratándose de una persona cuyo salario es el único sustento para vivir en condiciones de dignidad.

Así las cosas, son las razonas anteriormente expuestas, las que conllevan la **confirmación** de la decisión recurrida.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, **pero** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA MERCEDES FONSECA NAVARRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **020 2018 00636** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia proferida el 28 de junio de 2021, por el Juzgado 20.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare la nulidad de las afiliaciones y traslados realizados a las A.F.P. Colfondos S.A., Old Mutual S.A. y Protección S.A.; y que se ordene a Protección S.A., a la cual se halla actualmente afiliada, a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros en su cuenta individual de pensiones, y a esta última entidad a activar su afiliación como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.). Además, pidió fueran reconocidas las costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas, y las condenas *ultra* y *extra petita* (archivo 2, págs. 3-4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estaba afiliada al Régimen de Prima Media (R.P.M.) administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, para 1997; y que en febrero de 1997 se afilió a Colfondos, tras un proceso de afiliación en que se faltó al deber de información; que, tras mínima asistencia de esta A.F.P., se trasladó al fondo administrado por Pensionar S.A., hoy Old Mutual S.A., hasta diciembre de 2005; cuando decidió trasladarse a Protección S.A., a la cual se encuentra actualmente afiliada.

Adujo que, tras simulación pensional, encontró que tendría derecho a una mesada pensional de $5.174.330 en el R.P.M., si llegare a cotizar 1756 semanas para, mientras que lo tendría de $3.396.837 en el R.A.I.S. Por esto, solicitó a Colfondos S.A., Colpensiones y Protección S.A. la nulidad de la afiliación y traslado, a lo cual las entidades se negaron o no contestaron (*ídem*, págs. 4-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 9 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (*ídem*, págs. 54-55).

Esta última mantuvo silencio tras dar el acuse de recibo el 12 de diciembre de 2018 (*ídem*, págs. 57-58).

COLPENSIONES, contestó la demanda el 19 de diciembre de 2018, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y proponiendo como excepciones las de Inexistencia de la obligación, Error de derecho no vicia el consentimiento, Buena fe, Prescripción, y la Innominada o genérica (*ídem*, págs. 59-68).

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda el 11 de abril de 2019, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y proponiendo como excepciones las de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, Prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, y la Innominada o genérica (*ídem*, págs. 97-123).

El 20 de mayo de 2021, **PROTECCIÓN S.A.** presentó demanda de reconvención en la que, entre otras cosas, afirmó que la demandante estaría gozando del reconocimiento de pensión desde el 21 de octubre de 2020 (*ídem*, págs. 347-350). Mas esto fue declarado extemporáneo por la Juez en la audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, del día 28 del mismo mes (*ídem*, págs. 418-421).

COLFONDOS S.A., contestó la demanda el 29 de julio de 2019, oponiéndose a las pretensiones que le exigían prestaciones, y proponiendo como excepciones las de Validez de la afiliación con

Colfondos, Inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., Buena fe, Prescripción, y la Innominada o genérica (*ídem*, págs. 256-271).

El Juzgado decidió vincular a OLD MUTUAL S.A. el 12 de noviembre de 2019, por también haber ocurrido traslado a fondo administrado por esta entidad (*ídem*, pág. 286).

SKANDIA S.A., contestó la demanda el 29 de enero de 2020, oponiéndose a las pretensiones que le exigían prestaciones, y proponiendo como excepciones las de Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen ni el traslado de fondo, La demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, Ausencia de configuración de causales de nulidad, Inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al R.A.I.S., Ausencia de falta al deber de asesoría e información, Los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos, al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, Prescripción, Buena fe, y la Genérica (*ídem*, págs. 300-316).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de junio de 2021, resolvió absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas, y no condenar en costas (*ídem*, págs. 438-439).

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020; así como también, a la postura del Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas, a pesar de que ya cuenta con el estatus de pensionada.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 15 de junio de 1963 (*ídem*, pág. 69); ***ii)*** que

cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 21 de febrero de 1985 y el 28 de febrero de 1997, un total de 619,86 semanas (*ídem*, págs. 69-74); ***iii)*** que el 6 de febrero de 1997 se trasladó al R.A.I.S., bajo el fondo administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde 1° de abril de 1997 (*ídem*, págs. 32, 132 y 272); luego de lo cual, el 3 de diciembre de 1998, se trasladó a PENSIONAR

S.A., hoy OLD MUTUAL S.A, con fecha de efectividad desde el 1.° de febrero de 1999 (*ídem*, págs. 33 y 132). Finalmente, la demandante se trasladó al fondo administrado por PROTECCIÓN S.A. el 2 de noviembre de 2005, con fecha de efectividad desde el 1.° de enero de 2006, de modo que, para el 8 de abril de 2019, contaba con 1735,44 semanas cotizadas. A esta entidad se halla vinculada hasta el presente, y de ella se pensionó (*ídem*, págs. 131, 138-147, 348 y ss.).

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

Antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. De ahí, que tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado. Por ende, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de ese deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si la persona era o no beneficiaria del régimen de transición, o si tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, STL8125-2020).

También, la jurisprudencia ha establecido que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esto es, no prueba la información otorgada. Sí prueba, a lo sumo, el consentimiento del afiliado sin vicios, pero no es necesario acreditar la falta de información por parte de los fondos de pensiones para predicarla (CSJ SL19447-2017, SL1452, SL1688, SL1689 y SL4426 de 2019, entre otras).

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 6 de febrero de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso; el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Así, ya que se encuentra que se ha faltado al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslados, debe declararse la ineficacia del acto.

Sin embargo, en este preciso caso, a pesar de que no fue fundada duda de la deficiencia en la información por parte de las A.F.P., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, porque no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, o de no haberse afiliado al R.A.I.S. la demandante, por cuanto aceptó el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado que le hizo PROTECCIÓN S.A. a través de resolución del 30 de septiembre de 2020 (*idem*, pág. 398); pues, de conformidad con los documentos que reposan en el expediente, está claro, que el 20 de agosto de 2020, presentó solicitud para pensionarse, la cual fue reconocida y pagada con su respectivo retroactivo en el mes de octubre del mismo año, sin

que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí solo, en una causal de nulidad.

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulneraría los principios de solidaridad propios del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 1.° de 2005, en la medida en que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer; pues la prestación que hoy percibe es, a su vez, financiada, con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Es que no se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y, por tanto, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. De modo que no se trataría solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas; que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento del interés general de los colombianos y, en especial, tendría un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio de 2021, por el Juzgado 20.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS CARLOS CASTILLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 **004 2019 00819** 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 9 de abril de 2021, por el Juzgado 4.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a la abogada **CEIBOLT JULIETH ACUÑA MAYORDOMO,** en los términos y para los efectos del poder conferido, de conformidad con el memorial obrante a f.° 122.

En relación con el memorial allegado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f.° 138-152), precisa la Sala que el procedimiento en el inciso 2.° del artículo 278 del Código General del Proceso, no es aplicable en materia laboral, comoquiera que nuestro procedimiento tiene regulación expresa.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se le reconocieran: el incremento del 14% por dependencia económica de su cónyuge, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de los valores reconocidos por el retroactivo de su pensión de vejez y la mesada 14. Adicionalmente, solicitó que se reliquidara su pensión de vejez.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 13 de diciembre de 1952, y que se le reconoció la pensión de vejez por medio de Resolución n.° GNR 14172 del 16 de enero de 2014.

Expuso, que su cónyuge María Virginia Torres Pico, no es pensionada, no percibe ningún tipo de renta y depende económicamente de él, por lo cual le asiste el derecho a solicitar el incremento del 14%.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 14 de enero de 2020, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.° 41).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante. Manifestó, que el actor no logró acreditar los requisitos previstos en la ley para ser beneficiario del incremento del 14% por persona a cargo; que operó el fenómeno prescriptivo respecto del mismo, por cuanto la pensión le fue reconocida el 14 de enero de 2014, y que si en gracia de discusión no se tuviera en cuenta el término prescriptivo debía considerarse que, los incrementos pensionales fueron objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal y como lo dispuso la sentencia SU-140 de 2019.

Propuso como excepciones, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación (f.° 44 - 52).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.° 71).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de abril de 2021, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por parte del demandante; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción propuestas por la demandada y condenó en costas a la parte demandante.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, establecido en el Acuerdo n.° 049 de 1990, así como si tiene derecho al

reconocimiento de la mesada 14, de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la reliquidación de la pensión.

Para fundamentar su decisión, aclaró que acogería el criterio de la Corte Constitucional, establecido en la sentencia SU - 140 de 2019, según la cual, a menos que se trataran de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, estos incrementos pensionales establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, desaparecieron del ordenamiento jurídico debido a su derogatoria orgánica, resultando claro que el actor no tiene derecho a los mismos debido a que su derecho a la pensión se causó luego de la entrada en vigencia de dicha Ley 100.

Señaló, que si bien el demandante solicita la reliquidación de su pensión de vejez, este no da razones que justifiquen esta reliquidación, también manifestó que el demandante no cumplía con los requisitos para acceder al reconocimiento de la mesada 14, y debido a esto, tampoco procede la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, acogía el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia, adoptado en sentencia SL-29751 de 2005, según el cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo que debían entenderse como parte del régimen de prima media con prestación definida, en virtud del artículo 31 *ibídem*. No obstante, al reexaminarse el tema por los integrantes de la sala, se hace necesario replantear dicha postura, y acoger en su lugar, la establecida por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, por encontrarse

ajustada a los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad, y universalidad, que rigen el sistema general de pensiones.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo n.° 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional.

En sentencia SU-140 de 2019, la Corte Constitucional concluyó que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados orgánicamente a partir de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que es claro que, el referido artículo no produce efecto alguno respecto de aquellos que hayan adquirido su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional.

Igualmente, se aclaró que la transformación sustancial que sufrió el sistema de pensiones hizo necesario el establecimiento de un régimen de transición, cuyo fin consistiera en la salvaguarda de la legítima expectativa de las personas que estaban cerca de adquirir el derecho principal de pensión, bajo las previsiones del sistema pensional anterior, pero que la misma no se hizo extensiva a derechos accesorios de dicha pensión, como es el caso de los incrementos pensionales, máxime si se tiene en cuenta que éstos no fueron dotados de naturaleza pensional, por expresa disposición del artículo 22 del Decreto 758 de 1990, el cual dispuso que éstos subsistían mientras perduraran las causas que les dieron origen; así como el hecho de que no tienen efecto ultractivo alguno.

De otra parte, la Corte Constitucional, señaló que el reconocimiento de los beneficios extrapensionales causados con

posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, resulta incompatible con el inciso constitucional establecido en el artículo 1.°, del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, de que *"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, (...) serán los establecido por las leyes del sistema general de pensiones".*

En este orden, como tales incrementos están incorporados en una norma anterior a la Ley 100 de 1993, y son distintos a los previstos en el nuevo sistema pensional, perdieron toda eficacia de acuerdo con la norma constitucional citada con antelación.

Igualmente, dijo la Corte que los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, resultan incompatibles con el principio de sostenibilidad financiera, cuyo fin es que las medidas futuras que se adopten preserven el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, así como con el principio de solidaridad, según el cual, los recursos del erario público en el Sistema de Seguridad Social se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerable, y el de universalidad, esto es, la garantía de protección para todas las personas.

De todo lo anterior, se colige que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, sola podrán reconocérseles a quienes hayan adquirido este derecho antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, por cuanto con la expedición de dicha norma, éstos desaparecieron del ordenamiento jurídico en virtud de su derogatoria orgánica, así como que éstos no fueron protegidos por el régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, como quiera que éste se limitó a proteger las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de adquirir su derecho pensional, conforme a los requisitos pensionales consagradas en el sistema pensional anterior.

Ahora bien, en el presente caso no fue objeto de discusión que mediante Resolución n.° GNR 14172 del 16 de enero de 2014, COLPENSIONES, le reconoció al demandante la pensión de vejez, a partir del 1.° de febrero de 2014, de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo n.° 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f.° 8 - 16).

Es decir, que el actor venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero no llegó a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en vigencia de ese régimen, por cuanto la pensión le fue reconocida en el año 2014; por lo que, conforme con los lineamientos establecidos en la Sentencia SU-140 de 2019, de la Corte Constitucional, no tiene derecho al incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, establecido en el Decreto 758 de 1990.

En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia consultada, pero por los motivos aquí expuestos dado que el *a quo,* para fundamentar su decisión acogió el criterio de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de abril de 2021, por el Juzgado 4.° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **DORIS NUBIA MORENO PINEDA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** y **PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 **017 2019 00362 01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones,

respecto de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN el 1.° de octubre de 1995, y a PROTECCIÓN S.A., el 1.° de marzo de 2003, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a PROTECCIÓN, trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (Archivo 02, pág. 9).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 23 de mayo de 1963; realizó aportes en el extinto I.S.S. desde diciembre de 1987 hasta octubre de 1995, momento en el que fue visitada por los asesores de COLMENA hoy PROTECCIÓN, bajo el argumento de que el seguro social se iba acabar, por lo tanto, la demandante tomo la opción de trasladarse.

Arguyó, que la A.F.P. PROTECCIÓN omitió cualquier tipo de información, con base en que cuando se trasladaría perdía los beneficios que tenía con el otro régimen, consecuencialmente no le explicaron que tenía que tener un capital mínimo suficiente para hacerse acreedor de una eventual pensión.

Afirmó, que la mesada pensional que obtendría en el fondo privado de PROTECCIÓN, sería muy inferior a comparación si se llegara a pensionar en COLPENSIONES.

El año 2019, intentó trasladarse de régimen, pero las solicitudes fueron negadas por parte de COLPENSIONES y PROTECCIÓN (Archivo 02, pág. 11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 21 de junio de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 02, pág., 106).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de prescripción, presunción de la legalidad, cobro de lo no debido, innominada o genérica (Archivo 02 expediente, pág. 121-122).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las denominadas: validez de la afiliación, buena fe, vicios del consentimiento, prescripción, innominada o genérica (Archivo 02 expediente, pág. 140-141).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 02 expediente, pág. 152).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 23 de septiembre de 2021, declaró que el traslado de la

demandante fue ineficaz ante PROTECCIÓN; consecuencialmente, declaró que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su traslado sin solución de continuidad, por lo tanto, ordenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses y dineros correspondientes a gastos de administración, y deberán ser asumidos por PROTECCIÓN de su propio patrimonio.

Así mismo, condenó a COLPENSIONES y PROTECCIÓN incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de $900.000 (Archivo 02 expediente 178-179).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no hubo la suficiente, información, oportuna y clara, que han tenido las administradoras de pensiones, así las cosas, el análisis de información suministrada por la A.F.P., y el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación debió ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de la materialización del traslado.

Afirmó, que la demandada quiso permanecer en el régimen de ahorro individual, cuando ella pudo haber retornado al régimen de prima media a tiempo y no lo hizo, circunstancia que son ajenas a Colpensiones, agregó, que la demandante tuvo la oportunidad de retornar al régimen de prima media, de acuerdo con la asesoría pensional que se le brindaron, y la demandante por negligencia o circunstancia externas simplemente no hizo su solicitud de retorno de tiempo.

Arguyó, que Colpensiones no puede ser imputada, teniendo en cuenta que el deber legal de las administradoras incluyendo a Colpensiones es asesorar en debida forma y que la decisión la toma la afiliada, toda vez, que no se pueden obligar, o presionar, o ejercer presión, de la demandante para trasladarse o afiliarse a un régimen diferente.

Por lo tanto, la demandante siempre fue libre y consciente de las decisiones que tomó, consecuencialmente COLPENSIONES solicitó lo absolvieran de las condenas impuestas.

PROTECCIÓN S.A., apeló con el argumento de que no era procedente que se le ordenara la devolución de lo que PROTECCIÓN a descontado por las comisiones de administración, toda vez, que se trata de comisiones causadas durante la buena gestión de Protección, frente a la cuenta individual de la demandante, descuentos realizados conforme la ley como contra prestación a la buena gestión que realizo la parte demandada.

Afirmó, que en caso en que la demandante hubiese permanecido en Colpensiones, dichos gastos de administración igualmente le hubieran sido descontados, ya que así mismo lo permite y lo ordena la ley, sin embargo, si hubiese permanecido en Colpensiones la demandante no contaría los rendimientos financieros que obtuvo como lo menciono el juez de primera instancia, gracias a los rendimientos financieros y a las gestiones que hizo Protección.

Arguyó, solo le fuera ordenada la devolución de los aportes, más los rendimientos financieros, y que en ningún caso se viera obligada a devolver conjuntamente rendimientos y comisiones de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya causadas que no pueden desconocerse, consecuencialmente solicitó que no se le obligara devolver los gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 23 de mayo de 1963 (Archivo 02 expediente, pág. 9); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1.° de diciembre de 1987 hasta el 31 de octubre de 1995, 393,86 semanas (Archivo 02 expediente, pág. 57-60); ***iii)*** que el 1.° de octubre

de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde 1° de diciembre de 1995 (Archivo 02 expediente, pág. 26, 143, 144), y que, actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., con un total de 1593.71 semanas cotizadas, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de (Archivo 02 expediente, pág. 26-34)

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

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

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

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

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

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la*

información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

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

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

> *"En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado."*

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 1.° de octubre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., (Archivo 02 expediente, pág. 24, 144), y, que actualmente está afiliada a PROTECCIÓN S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a (Archivo 02 expediente, pág. 24, 25, 143, 144, 145, 149) los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> *"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."*

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

"La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque 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. (...)"[1]

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el actor y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

"la reacción el 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, resulta 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.

(...) 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."[2]

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

---

[1] CSJ STL8125-2020.

[2] CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen 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.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, 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."*

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

> *"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".*

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión 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»*[3], por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 1 de octubre de 1995, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 02 expediente, pág. 24, 25, 143, 144, 145, 149), por lo que, PROTECCIÓN S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

[3] CSJ SL1688-2019.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ElkppWeLJIpGogeUPbD3pe4B2q_sz0Vk87FXX0awVrnBNA?e=kAzcuC

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LEILA HERNÁNDEZ BARRETO** contra **VALORES SMITH S.A.**

EXP. 11001 31 05 **039 2017 00558 01.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término fijo inferior a un año el cual se renovó automáticamente por más de tres veces, desde el 17 de julio de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2016, y, que se dé cumplimiento a lo ordenado mediante fallo de tutela proferido el 7 de abril de 2017

por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a su reintegro al cargo que desempeñaba con anterioridad, desde el 23 de diciembre de 2016 y afiliarla al sistema de seguridad social. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones e indemnizaciones por no consignación de las cesantías, terminación del contrato sin justa causa, moratoria, y al pago de las incapacidades (f.° 2-3).

Sustentó sus pretensiones en que suscribió con la empresa demandada contrato laboral inferior a un año, con fecha de inicio el 17 de julio de 2014, el cual se renovó automática e ininterrumpidamente desde el 17 de julio de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2016, cuando la empresa le dio a conocer que no se prorrogaría más; que se desempeñó ejerciendo funciones de guarnecedora en cuero para calzado y operaria, entre otras; que cumplía una jornada de 6:00 a.m. a 2:20 p.m., con descanso de 20 minutos para almorzar y 2 horas extra todos los días; que tuvo un salario promedio mensual de $840.955 para 2015 y $857.511 para 2016 consignado a su cuenta bancaria; que en diciembre de 2015 y diciembre de 2016 la empresa liquidó sus prestaciones de manera definitiva teniendo como salario un valor inferior al devengado; que el 16 de octubre de 2016 se sometió a cirugía de la mano derecha que la incapacitó por 3 meses, regresando a laborar en el mes de noviembre con restricciones por un año, momento en el que la demandada le informa sobre la no prórroga del contrato, y que en razón al cumplimiento de una orden de tutela que la favoreció, suscribió contrato de trabajo a término inferior a un año desde el 22 de mayo de 2017 con un salario de $738.000 (f.° 2-4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda fue admitida el 1.° de junio de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 57), quien contestó a través de curador *ad litem* oponiéndose a las

pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (f.° 94-96).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 28 de septiembre de 2020, declaró la existencia de sucesivos contratos a término fijo entre las partes existentes entre el 17 de julio de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2016, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó a la demandada a pagar $16.400 por la diferencia de vacaciones del año 2014, $410.578 por la diferencia de prestaciones sociales y vacaciones de 2015, $556.720 por la diferencia de prestaciones sociales del año 2016, por sanción moratoria $28.853,47 por cada día de retardo desde el 25 de diciembre de 2015 hasta el 14 de diciembre de 2017 para el contrato suscrito en el 2015, sanción moratoria de $32.385 desde el 23 de diciembre de 2016 y hasta el 23 de diciembre de 2018 por el contrato suscrito el 2016 y al pago de intereses moratorios hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales, más las costas procesales.

En lo que atañe a la alzada, consideró que la demandada no logró probar que los pagos realizados bajo el concepto de "otros" no tenían un carácter retributivo de la prestación del servicio, por lo que debe ser tenido como constitutivo de salario, encontrando que el salario para el año 2014 fue de $688.000, para el 2015 de $865.603 y para el 2016 de $971.571, procediendo a reliquidar sobre esa base las prestaciones sociales.

En cuanto a la indemnización moratoria, no encontró justificado el hecho de no haber incluido la totalidad de los valores constitutivos de salario para la liquidación final de los contratos, lo que devela la

intención de la demandada de desconocer parcialmente sus obligaciones laborales, por lo que procede el reconocimiento y pago de la mencionada sanción para los contratos de 2015 y 2016.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada mostró su inconformidad con la consideración de la juez respecto a que hubo una mala fe por parte del empleador y la condena a las diferencias no pagadas. Argumentó que la buena fe se acredita con la liquidación de los contratos a fin de año que se cancelaban una vez finalizado el contrato incluyendo todos los emolumentos a que tenía derecho y, si hubiera habido una imprecisión, no sería de mala fe.

Ahora, dicha imprecisión no ocurrió, sino que se realizaron pagos voluntarios, que no constituyen derechos adquiridos, conforme lo disponen la ley y la jurisprudencia. Solicitó entonces, la revocatoria y condena en costas a la demandante.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método, la Sala verificará inicialmente como problema jurídico, si los conceptos adicionales cancelados a la demandante son constitutivos de salario y si se encuentra acreditada la mala fe de la demandada en el pago de las liquidaciones finales de los contratos que haga procedente la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto del carácter salarial de los pagos efectuados por el empleador, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que no tienen tal connotación los dineros que de manera

ocasional y por mera liberalidad paga el empleador, en tanto que el artículo 127 del mismo estatuto dispone que todo lo que recibe el trabajador bien sea en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, constituye salario. De allí se sigue que *«independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial»* (CSJ SL12220-2017).

De manera que en lo que atañe a las afirmaciones que realizó el recurrente respecto a que los rubros cancelados por concepto de *"otros"* son producto de la mera liberalidad del empleador no encuentran asidero fáctico, pues de la documental adosada al expediente se advierte que desde enero de 2015 hasta diciembre de 2016 dicho pago aparece todos los meses en los comprobantes de nómina, con la única excepción del mes de agosto de 2016 (f.° 121-151).

Ahora, en el interrogatorio de parte de la demandada no se indagó nada al respecto y ante la conducta evasiva de la persona que compareció en representación de la empresa en la mayoría de las preguntas, al responder que desconocía lo sucedido, la juez debió declararla confesa.

Así, frente la falta de material probatorio que desvirtúe el carácter retributivo de los valores recibidos por concepto genérico de *"otros"*, y ante lo reiterativo de dicho pago, sin tener un origen específico, ni acreditarse haber estado destinado a situaciones totalmente ajenas a la retribución de los servicios prestados por la demandante, no queda otra opción que **confirmar** la decisión de la primera instancia en lo que respecta a la reliquidación y condena al pago de las prestaciones adeudadas.

Ahora bien, la demandada no logró acreditar la buena fe, fundamento principal de oposiciones a la pretensión de aplicación de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues si bien liquidó de manera definitiva los contratos y canceló lo correspondiente a dichas liquidaciones, hay que decir que la base salarial para realizarlas no incluyó, como lo dijo el *a quo* y sin razón justificativa, los múltiples pagos que realizó por concepto genérico de "otros" y que conforme se dijo, constituyen salario (f.° 21-22).

Por tal razón, esta corporación **confirmará** la condena impuesta.

Costas a cargo del recurrente. En su liquidación, deberá incluirse la suma de $ 800.000.oo, por concepto de agencias en derecho.

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

RESUELVE:

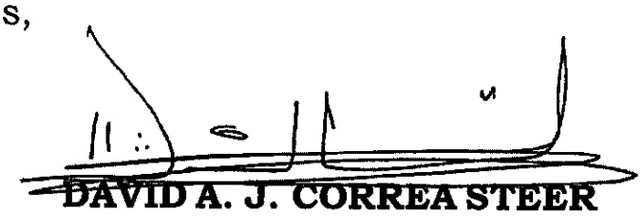
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el proferida el 28 de septiembre de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas a cargo del recurrente. En su liquidación, deberá incluirse la suma de $ 800.000.oo, por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

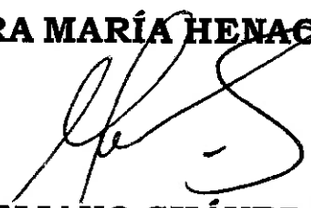
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErvmRpY41TtDuQBJSM0oJIoBGtFpXzv5NOnGsmbg97fA6w?e=jkzs0I

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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **RODOLFO CASTAÑEDA GODOY** contra **EMGESA S.A. E.S.P.**

EXP. 11001 31 05 **035 2019 00711 01**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante y demandado, contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió, que se declare que los horarios estipulados por la demandada son ilegales, que se declare que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los días dominicales que laboró, y que se declare que la sociedad demandada no tiene autorización por el Ministerio del Trabajo para exceder el límite de la jornada laboral.

Solicitó, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de: horas extras, días compensatorios no disfrutados, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, primas convencionales, aportes a seguridad social, a las sumas adeudadas anteriormente dichas indexas y a lo que resulte probado Ultra y Extra petita.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa EMGESA S.A. E.S.P. desde el 6 de febrero de 1998, devengando un salario mensual correspondiente a la suma de $4.769.153,oo que desempeñaba el cargo de operador central ERB con nivel tecnológico II, que actualmente es trabajador activo de la demandada encontrándose afiliado desde hace 21 años a la Junta Directiva Subregional Soacha Tequendama del Sindicato de Trabajadores de la Energía de Colombia – SINTRAELECOL.

Manifestó que la demandada le imponía una jornada laboral por fuera de la ley, obligándolo a desempeñar sus funciones todos los días de la semana en un horario distinto por cada semana del mes en turnos desde hasta 12 horas diarias, vulnerando los numerales 2.3.2 y 2.3.3 del artículo 8.° del reglamento interno de trabajo, omitiendo los el pago de las horas extras que laboraba; señaló, que por medio de comunicación del 21 de septiembre de 2006, el demandante y

otros trabajadores reclamaron a la sociedad los largos horarios de trabajo, que mediante comunicación del 27 de junio de 2007, los horarios establecidos se encuentran conforme al derecho, que el 25 de noviembre de 2016 y 3 de mayo de 2017, solicitaron el pago de horas extras, recargos nocturnos y nuevamente sobre el horario de trabajo, agotando la vía gubernativa mediante derecho de petición el 16 de agosto de 2019, nuevamente solicitando el pago de las acreencias laborales pretendidas, negándose a acceder a las mismas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de noviembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 225 expediente virtual).

La demandada **EMGESA S.A E.S.P,** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos adujo que le correspondía demostrar al demandante los hechos manifestó que unos son ciertos y otros no; adujo, que la sociedad no adeuda ninguna acreencia laboral hacia el actor, que del acervo probatorio allegado al proceso se logra demostrar que no se le adeudan sumas por concepto de prestaciones sociales, prueba que da cuenta que no ha actuado de mala fe. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin justa causa de la demandante, prescripción, buena fe, y compensación (expediente virtual).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia

del 27 de abril de 2021, declaró que la demandada no cumplió con la carga que le impuso el Ministerio del Trabajo al llevar un registro diario de trabajo suplementario por cada trabajador especificando nombre, sexo, actividad desarrollada, números de horas indicando si son diurnas o nocturnas y la liquidación o remuneración, declaró que la demandada no cuenta con autorización del Ministerio del Trabajo para laborar horas extras, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas y condenó en costas a la parte demandada fijando como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía de determinar si al demandante le correspondía el pago de horas extras, y trabajo suplementario, fundamentó la decisión, al aducir básicamente que conforme a los pagos realizados en los años 2011 – 2020, se logró establecer que fueron pagados las sumas que alega el actor, que la parte demandada aplicó al caso el artículo 165 y 166 del Código Sustantivo del Trabajo, que la carga que le impuso el Ministerio del Trabajo a la demandada no la cumplió dado a que no allegó el informe donde estuviera relacionado el trabajo suplementario por cada trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE,** interpuso recurso de apelación en lo considerado a la decisión adoptada por el *A quo*, debido, a la aplicación del artículo 165 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que no había lugar a que el trabajador laborara en turnos de 3 semanas sin un día de descanso, violando los derechos de los trabajadores de conformidad al artículo 183 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por su parte, la parte **DEMANDADA,** interpuso recurso de apelación en lo que tiene que ver con la carga impuesta sobre llevar un registro de trabajo suplementario, adujo que cumplió con todos los requisitos de la ley 1249 de 2010, los cuales eran autorizados por el Ministerio del Trabajo, por lo que consideró no estar de acuerdo con dicha decisión.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la sala tendrá como problema jurídico a verificar, si al demandante se le adeudan pago por concepto de horas extras y trabajo suplementario y si el demandado demostró la carga de la prueba impuesta por el Ministerio del Trabajo.

En relación al primer problema jurídico, revisadas las pruebas allegadas se tiene: **i)** comprobantes de pago de ciertos meses y años donde se demuestra el pago de lo pretendido por el actor en relación a horas dominicales, recargo nocturno, hora extra diurna y nocturna, **ii)** certificación laboral que demuestra la relación laboral entre las partes, **iii)** Resoluciones 880 del 26 de febrero de 2018, y 3689 del 26 de julio de la misma anualidad, y **iv)** documento Excel – relación de pagos realizados al demandante.

Es preciso señalar, que la documental aportada por la parte demandada y de los comprobantes de pago aportados por el actor, que efectivamente si se cumplió con la obligación en relación a las horas extras y demás emolumentos solicitados en su demanda.

En este punto se trae a colación la sentencia SL14236-2015 que consideró lo siguiente:

"Paralelamente a esas reglas, el juez a través de la apreciación ponderada y razonada de la conducta procesal de las partes, sus afirmaciones, los signos de individualización de la prueba (marcas, improntas y otros signos físicos, digitales o electrónicos) y demás elementos que obren en el expediente, puede llegar a adquirir el convencimiento acerca del autor de determinada prueba y atribuírselo, con el propósito de reconstruir los hechos, aproximarse a la verdad e impartir justicia responsablemente a los casos bajo su escrutinio. Lo que quiere decir que aun cuando la firma es uno de los medios o formas que conducen a tener certeza de la autoría de un documento, no es la única, ya que existen otros que también ofrecen seguridad acerca de la persona que ha creado un documento. No por equivocación el art. 251 del C.P.C. establece tres vías para establecer la autenticidad de un documento: la certeza de quien lo ha (1°) ***suscrito****, (2°)* ***manuscrito*** *o (3°)* ***elaborado****, esto último hace referencia a la identificación y determinación de su creador.*

En suma de lo expuesto, la autenticidad de un documento es una cuestión que debe ser examinada caso por caso, de acuerdo con (i) las reglas probatorias de los estatutos procesales, o, en su defecto, con (ii) las circunstancias del caso, los elementos del juicio, las posiciones de las partes y los signos de individualización que permitan identificar al creador de un documento, de ser ello posible".

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL 4813 del 28 de octubre de 2020, señaló:

Puede que los documentos carezcan de firma, pero si se atribuye su autoría al demandado, dado que se enfatiza en que fueron elaborados por aquél, es incorrecta la tesis de la censura, como se explicó, que en esos eventos no proceda su oposición mediante la tacha de falsedad, ya que en vigencia del CPC, incluso con la nueva reglamentación del CGP, sólo cuando carezcan de las tres vías de autenticidad -suscritos, manuscritos o elaborados- resulta inviable su reproche mediante ese mecanismo, pero mientras se acuda a una de esas formas de procedencia de los documentos, es factible su oposición, que si no se ejerce por la parte contra quien se aducen, reconocerá implícitamente con su silencio, la autenticidad.

Dicho lo anterior, es preciso confirmar este punto de apelación por lo que resulta claro que al demandante no se le deben pagos por concepto de horas extras y trabajo suplementario, toda vez que con las pruebas allegadas al expediente, no se logró demostrar la deuda por dichos concepto.

Ahora bien, respecto al segundo problema jurídico, es preciso indicar el requerimiento realizado por el a quo, en audiencia de fecha 8 de marzo de 2021, el cual fue contestado el 26 de marzo de 2021 por la parte demandada se observa que no allegó la documental tal y

como se le indicó de la siguiente manera: *2) Se requiere a la demandada para que aporte al plenario el registro de trabajo suplementario u horas extras del demandante durante la relación laboral y los desprendibles de pago de las mismas.*

Pues si bien, se observa que logró demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, no es menester señalar que no ha cumplido con la carga impuesta ante el Ministerio del Trabajo de llevar un registro de horas extras de cada trabajador, por lo que le asiste la razón al fallador de primera instancia, ya que tan sólo se señaló un registró de los pagos realizados al demandante, pero no era en parte lo solicitado.

Estas consideraciones resultan suficientes para desestimar cualquier pretensión sobre pago de horas extras o cualquier otra que se encuentre fundamentada en la existencia de las mismas. En este sentido, se confirmará la decisión apelada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 27 de abril de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA