



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 028-2015-00138-01

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

DEMANDANTE: **ALVARO SANDOVAL REYES**
DEMANDADO: **TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A.
FONDO NACIONAL DEL AHORRO
SEGUROS DEL ESTADO.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA-
TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada –TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28º Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegaciones por escrito, pese a lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor ALVARO SANDOVAL REYES instauró demanda ordinaria laboral contra de **FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA SA** con

el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3 a 9):

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. cuyos extremos temporales fueron desde el 12 de abril de 2011 al 13 de marzo de 2012, sin solución de continuidad.
2. **DECLARAR** que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en su calidad de beneficiario de la labor desarrollada por el trabajador o dueño de la obra, es solidariamente responsable de las prestaciones, salarios e indemnizaciones.
3. **DECLARAR** que el vínculo laboral fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte de la compañía TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A., el día 13 de marzo de 2012.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

1. CONDENAR solidariamente a las entidades demandadas a pagar el salario realmente devengado desde el 4 de abril de 2011 hasta el 13 de marzo de 2012, teniendo en cuenta para ello lo percibido por viáticos y rodamientos.
2. CONDENAR de manera solidaria a las entidades demandada a la reliquidación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas y vacaciones, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales, esto es, remuneración básica, comisiones, prima de servicios, vacaciones, cesantías, intereses y viáticos.
3. CONDENAR al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, así como de aquella establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
4. CONDENAR a las entidades convocadas a juicio a pagar la indemnización por terminación del vínculo laboral sin justa causa.
5. CONDENAR al pago de los indexación e intereses moratorios
6. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad TEMPORALES UNO A BOGOTA.S.A., contestó la demanda tal como se evidencia del escrito que obra de folio 107 a 115, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito. En igual sentido se pronunció el FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO (fls. 30- 52).

El Juzgado de origen, mediante auto del 28 de agosto de 2015, aceptó el llamamiento en garantía que elevó la parte demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, respecto de la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. (fl. 141)

SEGUROS DEL ESTADO SA presentó escrito de defensa, oponiendo también a la prosperidad de las pretensiones y presentando excepciones de mérito (folio 176-186).

Por auto del 3 de mayo de 2016, el Juzgado de origen admitió los argumentos de defensa, presentados por cada una de las entidades llamadas a juicio (folio 217). Así mismo mediante proveído dictado en la audiencia celebrada el 21 de junio de 2016, el A-quo, declaró probado el medio exceptivo de inepta demanda por falta de reclamación administrativa propuesta por el Fondo Nacional de Ahorro, razón por la cual ordenó la terminación del proceso frente a esta demandada, decisión que fue confirmada por esta Corporación. (folio 227 y 239)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 06 de julio de 2021, **DECLARÓ** que el señor ÁLVARO SANDOVAL REYES se desempeñó como trabajador en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, contratado a través de la sociedad TEMPORALES UNO A S.A., para desempeñar el cargo de Asesor de Presidencia, con un salario básico inicial de \$7.260.000. **DECLARÓ** que los valores percibidos por el señor ALVARO SANDOVAL REYES por concepto de rodamiento, en realidad correspondían a los viáticos generados durante la relación laboral. **CONDENÓ** a la sociedad TEMPORALES UNO A S.A. a realizar la liquidación final de prestaciones sociales incluyendo la suma de \$7.518.176 devengada por el actor, por concepto de viáticos entre el 1 de abril de 2011 y el 30

de enero de 2013, para lo cual **ORDENÓ** pagar la diferencia que resulte de restar del total de la liquidación lo que se le haya cancelado por acreencias de cada contrato. **CONDENÓ** a la sociedad TEMPORALES UNO A S.A. a pagar al demandante la suma de \$192.635.270 por concepto de indemnización moratoria, calculada entre el 30 de agosto de 2014 y el 29 de agosto de 2016, fecha a partir de la cual deberá cancelarse los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación. **CONDENÓ** a la sociedad TEMPORALES UNO A S.A. a pagar al accionante ALVARO SANDOVAL REYES, la indemnización por despido sin justa causa en la suma de \$20.779.638. **CONDENÓ** a la sociedad TEMPORALES UNO A S.A. a pagar la diferencia en las planillas de cotización en pensiones que corresponde a \$63.500, correspondiente a cada mes del año 2011 y \$44.000 para cada mes del año 2012, **DECLARÓ** no probados los medios exceptivos propuestos por la pasiva y **CONDENÓ** en costas a la pasiva.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada –**TEMPORALES UNO A S.A.**- interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia de primera instancia, en lo relacionado con el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 64 y 65 del C.S.T.

Como sustento del recurso, el impugnante señaló que siempre actuó de buena fe, en la medida que fue la empresa usuaria la que determinó los cargos que servirían de apoyo, así como el salario y los rubros asignados a esa labor, ello en virtud de la delegación de la subordinación, por parte de la temporal a la empresa usuaria, que en razón de ello desconocía que lo percibido por el trabajador por concepto de viáticos, no correspondía solo a rodamientos, sino también a habitación y alimentación, y ello conllevó a que no incluyera dichos valores en la liquidación final de prestaciones : *“temporales 1A por todo lo que acabo de explicar, no conocía de eso ¿Cuándo se entera temporales 1A? Con esta demanda, con estos testigos, porque como se pueden dar cuenta no existen medios probatorios documental en ningún lado donde se estableciera que esos rubros también hacían parte, de haber sido así se habrían tenido en cuenta en la liquidación y ahí es donde quiero recalcar porque no va la indemnización del artículo 65, porque pues a pesar de que se establezca que no se hicieron base, eso no significa que se estaban ocultando valores de una manera adrede, en ningún momento fue así, temporales 1A también fue, y diría yo así, víctima del silencio de la empresa usuaria, como también del aquí*

demandante que nunca le notificaron la realidad de lo que estaban ejecutando en la delegación de la subordinación que se les brindaba; entonces, si la temporal no tenía conocimiento de esto, era imposible que hiciera una liquidación teniendo en cuenta esta base, era imposible que la hubiera visto como una base salarial y por lo tanto conllevó estas omisiones tanto del demandante como de la empresa usuaria al error de no tener estos valores como prestacionales para que se hicieran los pagos debidos.”

En relación con la indemnización por despido injusto, insiste que el vínculo finalizó por terminación de la obra o labor para la cual fue contratado el demandante, esto es, que la actividad estaba supeditada a la temporalidad en la empresa usuaria. Aseguró que la prohibición contemplada en el Decreto 4369, está prevista solo para la compañía usuaria, mas no para la temporal, en la medida que aquella una vez vencido el plazo, no podrá prorrogar el contrato, ni celebrar uno nuevo con los mismo o diferente empresa temporal.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

Los problemas jurídicos se centran en determinar: **i)** Si hay lugar a condenar al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., así como a reconocer la indemnización por despido injusto.

Antes de adentrarnos a resolver los cuestionamientos precedentemente señalados, cabe mencionar que en esta instancia no existe discusión sobre la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el demandante ALVARO SANDOVAL REYES y la sociedad TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. desde el 1 de abril de 2011 hasta el 29 de agosto de 2014, tiempo durante el cual, el demandante se desempeñó como trabajador en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ejecutando el cargo de asesor de PRESIDENCIA, con una asignación de \$7.260.000. Así mismo, que los viáticos que percibió el actor entre el 1 de abril de 2011 y el 30 de enero de 2013, en una suma equivalente a \$7.518.173, constituyeron salario, pues así quedó establecido en la sentencia de primera instancia, sin que haya reparo alguno frente a estos temas.

INDEMNIZACION MORATORIA-ARTICULO 65 C.S.T.

Frente a la inconformidad de la compañía demandada, relacionada con la indemnización moratoria, cabe señalar que con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que, si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

A lo anterior se agrega, que su aplicación no opera de forma automática, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012 y SL 1782 de 2020).

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que este debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena fe, de lo contrario deberá acarrear con el pago de esa sanción.

En ese sentido, debe indicarse que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en sentencia de Radicación SL1782-2020, indicó que:

“Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador –salarios y prestaciones sociales-, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.

Significa lo anterior que para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o

jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe”

Realizadas las anteriores precisiones y descendiendo al asunto de marras, tenemos que la entidad empleadora alega que no tenía conocimiento que lo pagado por viáticos al trabajador, estaba destinado a alojamiento y alimentación, ya que la empresa en misión fue la que fijó la remuneración, dada la delegación de la subordinación.

Así las cosas, tenemos, que Las empresas de servicios temporales pueden ser utilizada para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, sean o no del giro habitual de sus negocios, empero no para cubrir las necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente.

Adicionalmente, La empresa usuaria ejerce el poder subordinante frente a los trabajadores en misión, razón por la cual está facultada para exigirles el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, pero ese poder subordinante de la empresa usuaria es limitado, pues no lo ejerce por derecho propio sino en virtud de la delegación que le hizo la empresa de servicios temporales, y así lo dejó estipulado la Sala de Casación en la sentencia SL3933 de 2019:

“«Así mismo, es evidente que el poder subordinante de la empresa usuaria es limitado, pues no lo ejerce por derecho propio sino en virtud de la delegación que le hizo la empresa de servicios temporales, la cual se gesta en el contrato mercantil celebrado entre ésta y aquella, en el que la primera, a cambio de una determinada remuneración, se compromete a remitir el personal requerido por el usuario, según la respectiva necesidad del servicio manifestada por este y, en tal virtud, la subordinación delegada faculta a la empresa usuaria frente a los trabajadores en misión para exigirles el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, siempre y cuando estas se desarrollen en el marco u objeto del contrato en misión, pues los trabajadores dependen exclusivamente de la empresa de servicios

temporales con la que celebraron el contrato de trabajo y, por tanto, las ordenes que imparta el usuario por fuera del contrato en misión permiten calificarlo como un verdadero empleador para tales efectos.”

Entre tanto, el artículo 5 del Decreto 4369 de 2006, estableció: *“Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación. Se entiende por lugar de trabajo, el sitio donde el trabajador en misión desarrolla sus labores, junto con trabajadores propios de la empresa usuaria.”*

En atención a lo enunciado, no es posible acoger los argumentos expuestos por la pasiva, para la exoneración de la indemnización moratoria, contemplada en el artículo 65 del C.S.T., en la medida que no existen conductas de buena fe, por las razones que a continuación se enuncian:

Obra a folio 69 contrato Estatal N.º 168 de 2011, suscrito entre TEMPORALES UNO-A BOGOTA S.A y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por medio del cual la compañía accionada se comprometió a proveer el personal necesario para soportar y apoyar las actividades misionales y conexas del FNA de acuerdo a las metas establecidas en el Plan Estratégico 2011-2014, en concordancia al Plan de Desarrollo Nacional durante la Vigencia 2011; determinándose como obligaciones por parte de la EST: *“Pagar al personal oportunamente los salarios y prestaciones a que tengan derecho según la Ley. El pago deberá efectuarlo por mensualidades, el día hábil anterior al cual se cumpla el mes”*. Igualmente, en su cláusula sexta, se estipuló: *“para efectos de este contrato LA EST se considera CONTRATISTA INDEPENDIENTE frente al FNA, empleadora de los trabajadores en misión con quienes realizara la labor descrita en la Cláusula Primera y con ellos está obligada por contrato de trabajo, por lo que se sujetara a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico colombiano para efectos de pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás obligaciones laborales”*

Así mismo se incorporó el contrato de trabajo celebrado entre el demandante y la Empresa de Servicios Temporales UNO A BOGOTA S.A., en la que se acordó que el trabajador desempeñaría el cargo de PROFESIONAL DE APOYO, en la dependencia de PRESIDENCIA del FONDO NACIONAL DEL AHORRO (folio 10).

Luego de lo anterior es viable concluir, que desde la suscripción del contrato estatal como laboral, la accionada conocía de sus obligaciones respecto del demandante, entre las cuales se encontraba el pago de salarios y prestaciones sociales, además de así contemplarlo la legislación; y el hecho que dentro de este tipo de contratación, se delegue la subordinación, tal como se precisó ésta es limitada, y solo faculta a la empresa usuaria frente a los trabajadores, para exigirles el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, mas no es la encargada del pago de los salarios, máxime cuando así se reiteró en el acuerdo estatal, por lo tanto no puede excusarse en que, lo pagado por rodamiento NO cubría la parte de alojamiento y alimentación, al ser la entidad pagadora de dicha acreencia, y quien conocía sobre las condiciones del contrato de trabajo, así como el cargo desempeñado por el actor, la temporalidad y finalidad del rubro cancelado, aunado a que la ley prevé que los trabajadores en misión, tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad.

A lo que se debe adicionar que el testigo DANIEL ALBERTO HERRERO, manifestó en su declaración, que conoce al demandante, porque trabajaron junto en el FNA, como trabajadores en misión, enviados por la temporal demandada, que durante la vigencia de la relación laboral los dos percibieron viáticos para el sostenimiento en los diferentes viajes, que según el empleador eran denominados pagos por rodamientos: *“Pagaba Temporales Uno A, la verdad nos dimos cuenta que los viáticos nos lo daban para nuestros sostenimiento para cada ciudad, cuando nos entregaban los desprendibles de pago aparecía la palabra rodamiento, pero yo la verdad no entendía en ese momento que era rodamiento, no sabía que era eso, lo que si sabia y que los valores coincidían con los valores que recibía como viáticos.”* Además, preciso: *“a nosotros Temporales Uno A, nos entregaba tiquete y aparte nos consignaba lo de nuestro sostenimiento para hospedaje y comida”,* Y que los mismos eran pagados, de acuerdo una tabla que tenía establecida y el salario devengado: *“Teníamos una tabla que de acuerdo al salario que percibíamos en ese momento, nos asignaban un rubro de viatico diario”*

Entre tanto el testigo FERNANDO ADOLFO ELVIRA REYES, quien también fue compañero de trabajo del actor, bajo la misma modalidad contractual, aseguró frente a los viáticos: *“era para dormir y para comer, digámoslos así porque el fondo a parte nos daba los tiquetes a los sitios que teníamos que desplazar, no sé de donde salieron o como hacían, pero nos daba los tiquetes”*

Mientras la representante legal de la compañía TEMPORAL UNO A, enunció que desconocía cual fue la función que desempeñó el actor en el FNA, además que tampoco conocía si dentro de sus funciones se encontraba viajar: *“la verdad no tengo certeza, porque él desempeñaba sus funciones en el fondo y el fondo era el que impartía instrucciones”*

También a folio 251 y 253 del plenario, la sociedad accionada allegó una certificación, en la cual se enuncian las acreencias percibidas por el trabajador en misión, constatándose que prestó sus servicios en el FNA, en los siguientes periodos:

- Del 12 de abril de 2011 al 13 de marzo de 2012, recibiendo por rodamiento la suma de \$3.424.005, correspondiente a los meses de septiembre, noviembre y diciembre de 2011, así como enero y febrero de 2012.
- Desde el 14 de marzo de 2012 al 30 de enero de 2013, percibiendo por rodamiento \$4.094.171., entre abril y agosto de 2012.
- Del 01 de febrero de 2013 al 16 de enero de 2014, no recibió suma alguna por concepto de rodamiento.
- Y un cuarto contrato vigente desde el 17 de enero de 2014 hasta el 29 de agosto de 2014, tampoco devengo algún valor por rodamiento.

En este orden de ideas tanto de los testimonios, como de la declaración de la Representante Legal de la pasiva, y de la documental descrita, es claro que el empleador conocía sobre la temporalidad, el valor pagado por rodamiento y la finalidad del rubro, en atención a la actividad encomendada al trabajador, e incluso, se estableció una tabla para su pago. Sumado a que la accionada pretendió encubrir los viáticos, como un auxilio de rodamientos, a sabiendas que, según el material probatorio recaudado, eran para alojamiento y alimentación, ya que los tiquetes eran suministrados directamente, lo que descarta a todas luces su buena fe. Además, nótese que la representante legal, no tenía conocimiento si quiera de las funciones desarrolladas por el actor y de los viajes que le eran encomendados, lo que da cuenta que no ejerció sus obligaciones como empleador, sino que delegó de manera total la subordinación.

Por otra parte, la entidad llamada a juicio al contestar la demanda, aseguró: *“Algunos valores que fueron pagados al demandante obedecieron a Rodamiento FNA, pero las sumas no eran constitutivas de salario”*, es decir, pese a que tenía

conocimiento de la causación de esta prestación, ningún documento da cuenta que este estaba destinado a transporte, incluso ni en el contrato de trabajo hizo mención a esta suma, por el contrario, tal como lo enunció el testigo DANIEL HERRERA, cubría alimentación y alojamiento, pues los tiquetes eran suministrados directamente por TEMPORALES UNO A.

Las anteriores conductas o actuaciones, permiten concluir que el empleador demandado, no actuó bajo la órbita de la buena fe, pues desde un principio se evidencia que no ejerció actos de empleador, pues con la sola afirmación realizada en el recurso de apelación, esto es, que desconoció que lo percibido por rodamiento correspondía alimentación y alojamiento, da cuenta que no estuvo al tanto de los trabajadores que envió en misión al FNA, es decir, delegó de manera total la subordinación, y así se corrobora de la declaración de parte de la representante legal de la compañía, además que como empleador tenía la obligación de cancelar los salarios y prestaciones sociales, entre los cuales se encontraba los conceptos recibidos por rodamientos, que sabía que eran viáticos, pero cuya denominación fue cambiada para desconocer el carácter salarial de los mismos, aunado, a que sabía de la labor que prestó el actor, así como del objeto del contrato estatal suscrito con el Fondo, que los viáticos fueron permanente y la finalidad de los mismos, por lo que se habrá de confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia.

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO.

A efectos de resolver este cuestionamiento, tenemos que según lo establecido por el artículo 61 del C.S.T, existen unos modos de terminación del contrato de trabajo. También se debe tener cuenta que desde antaño se ha indicado que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Lo anterior tiene su sustento, en el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicado n.º48351 de 2016, al expresar:

“En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el

éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión.”

Ahora, insiste la demandada que la terminación del contrato de trabajo obedeció a la culminación de la obra labor para la cual fue vinculado el actor.

Así las cosas, tenemos que la legislación laboral determina que el contrato de trabajo se puede celebrar **por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada**. En esta modalidad de contrato es requisito fundamental la fijación de los límites de la actividad que se va a desarrollar. Esto resulta necesario para conservar la naturaleza del contrato de trabajo, puesto que, si no se fija la duración de la obra o si se hace de forma errónea, existiría un potencial riesgo para el empleador, de desnaturalizarse el contrato.

Así lo ha dejado definido, nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria laboral, al indicar en la sentencia SL 4936 de 2021, lo siguiente:

“Cuando el contrato se pacta por duración de la obra no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida

A su vez el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, prevé:

“Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.*

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

Luego entonces, atendiendo los anteriores parámetros y según las pruebas aportadas, se acredita que las parten en litigio suscribieron un contrato por obra o labor determinada que, inicio el 12 de abril de 2011: *“será por el término que dure la realización de la obra o labor contratada a TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A., por la empresa USUARIA o beneficiaria de los servicios personales del TRABAJADOR EN MISION y en consecuencia este contrato terminara en el momento que la obra o labor determinada culmine o cuando la empresa usuaria de forma autónoma solicite el cambio de trabajador en misión o cuando termina el plazo de la temporalidad.”* (folio 11)

El anterior contrato finalizó el 13 de marzo de 2012, según da cuenta el escrito que obra a folio 119 del expediente, aduciéndose en su momento terminación de la obra o labor determinada. Sin embargo, de la certificación que obra 251, se prueba que el accionante continuó laborado como trabajador en misión a favor del FNA, durante los siguientes periodos:

- Desde el 14 de marzo de 2012 al 30 de enero de 2013.
- Del 01 de febrero de 2013 al 16 de enero de 2014.
- Y un cuarto contrato vigente desde el 17 de enero de 2014 hasta el 29 de agosto de 2014.

Ahora, dentro del expediente no se evidencia bajo que modalidad se pactaron estos tres últimos vínculos, sin que se puede hablar de prorrogas, pues además que el contrato por obra o labor determinada, no contempla esta figura, es claro que la norma citada en renglones anteriores, enuncia una prohibición para las empresas de servicios temporales y usuarias, consistente en que, si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga también de seis meses, la causa originaria del servicio, subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

En este orden de ideas, al desconocerse cuál fue el motivo de la desvinculación para el 29 de agosto de 2014, fecha en que finalizó el contrato de trabajo que había suscrito la temporal con el demandante, máxime cuando, cuando se desnaturalizó la figura de trabajador en misión, ya que los tiempos laborados por el accionante en el FNA, rompieron las reglas, ya que el contrato duro más de tres años, sucesivos en el mismo cargo, excediendo el plazo máximo permitido para este tipo de contratación, sumado a que no se estipuló si los siguientes vínculos, obedecieron a una prórroga o a nuevos contratos, ya que de ser alguna de las dos, estaban dentro de la restricción mencionada por el Decreto 4369 de 2006, por lo que se descarta la conclusión a la que arribó la pasiva, esto es, que el contrato culminó por la terminación del contrato de obra o labor determinada.

Adicionalmente, el Juzgado de origen en la sentencia dictada, dejó establecido en su parte motiva que la relación laboral que existió entre el demandante y la compañía llamada a juicio, lo fue a término indefinido desde el 1 de abril de 2011 hasta el 29 de agosto de 2014, extremo final y modalidad que no fue refutada en esta instancia, por lo que se entiende aún más que el modo de terminación del contrato de trabajo, no lo fue por la finalización de la obra o labor determinada, por lo que al NO existir causal que justifique la culminación de la relación laboral, para el 29 de agosto de 2014, procede el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T, confirmándose de esta forma la sentencia de primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) SMLMV y a favor del demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de julio de 2021, por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310502820150013801)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad. 11001310502820150013801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310502820150013801)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 10-2017-00726-01

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

DEMANDANTE: **BLANCA INES SANCHEZ PEÑA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con C.C. No 37.627.008 y tarjeta profesional No 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Se reconoce personería a la abogada SANDRA MILENA CHITIVA GÓMEZ con C.C. No 1.019.068.039 y tarjeta profesional No 375.324 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la demandante

Las demandadas PORVENIR S.A., COLPENSIONES, y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 8 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora BLANCA INÉS SÁNCHEZ PEÑA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., como aparece a folios 51 a 74 del archivo 01 de la carpeta 21 del expediente digitalizado y subsanación de la demanda debidamente sustentada (fls.82 a 112 del archivo 01 de la carpeta 21 expediente digitalizado) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES PRINCIPALES

1. Que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada por BLANCA INÉS SÁNCHEZ PEÑA al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, manteniendo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida
2. que, como consecuencia se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los aportes a pensión realizados por BLANCA INÉS SÁNCHEZ PEÑA con sus rendimientos financieros sin lugar a deducir gastos de administración.
3. Declarar que es COLPENSIONES quien debe reconocer y pagar la pensión de la demandante, teniendo como fecha de retiro del sistema el 31 de julio de 2007 por ser la fecha que más le favorece en atención a que los aportes posteriores fueron inferiores
4. Se Ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar a favor de BLANCA INÉS SÁNCHEZ PEÑA pensión bajo el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de 1990, desde el 1 de julio de 2007 con efectos fiscales desde el 8 de octubre de 2011, en 14 mesadas anuales, con el retroactivo pensional, y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, artículo 4 de la ley

700 de 2001, en concordancia con la sentencia C-601 de 2000 a partir del 8 de febrero de 2015, o subsidiariamente su indexación.

5. que se condene a las demandadas a las costas del proceso

6. y se condene en Ultra y Extra petita

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. Se declare que existió una multivinculación, en atención a que el traslado al RAIS se produjo antes de los tres años siguientes a la fecha que entró en vigencia de la ley 100 de 1993, de modo que su vinculación válida lo era con el ISS. (De la primera pretensión principal)

2. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de BLANCA INÉS SÁNCHEZ PEÑA pensión especial de que trata el parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993 adicionado mediante el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, desde el 1 de julio de 2007 con efectos fiscales desde el 8 de octubre de 2011. (De la sexta pretensión principal)

3. Se condene a las demandadas, reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión que más le favorezca acorde con la ley. (De la sexta pretensión principal)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 119 a 126 del archivo 01 de la carpeta 21 del expediente digital), PORVENIR S.A. (fls. 158 a 173 del archivo 01 de la carpeta 21 del expediente digital), de acuerdo a los autos del 12 de junio y 3 de diciembre de 2018.

COLPENSIONES y PORVENIR S.A. se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de enero de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante BLANCA INÉS SÁNCHEZ PEÑA, al fondo privado PORVENIR S.A., suscrita el 31 de mayo de

1995, y por ende la ineficacia de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, se ordena que su vinculación que traía al RPM fue sin solución de continuidad al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES, conservando el régimen de transición; **CONDENÓ** a COLPENSIONES, a restablecer la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad y como beneficiaria del régimen de transición; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A., a realizar la devolución a COLPENSIONES de la totalidad de los valores existentes en la cuenta individual de la demandante al momento de su traslado a su regreso al RPM, correspondientes a los valores de cotizaciones, rendimientos, frutos de conformidad artículo 1746 del C.C., junto con la constancia del traslado correspondiente de la suma que se dice haber pagado de \$ 9.455.456 y demostrada la misma debe imputarse esta suma a los valores que deba devolver con destino al RPM; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración debidamente indexados a COLPENSIONES, con la documental correspondiente para que se pueda validar que efectivamente corresponde a las sumas descontadas por este concepto debidamente indexado.; **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora BLANCA INÉS SÁNCHEZ PEÑA la pensión de vejez de conformidad al artículos 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad, a partir del 29 de septiembre de 2012, en cuantía inicial de \$ 809.159,26 con los incrementos legales anuales correspondientes en 13 mesadas pensionales, y el pago del retroactivo pensional generado desde el 29 de septiembre de 2012 hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina indexado, autorizando el descuento de este retroactivo pensional en salud; **DECLARÓ** probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratoria propuesta por COLPENSIONES, y la absolvió del pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; se **RELEVÓ** del estudio de las pretensiones subsidiarias; **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada PORVENIR S.A.** sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

- 1. De la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, y el Régimen de transición**

Indicó que, se demostró dentro del proceso que Porvenir cumplió con todos los parámetros correspondientes al deber de asesoría exigidos para la época en que se realizó el traslado, en atención a que si bien la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, establecieron que las administradoras tienen el deber de poner a disposición de los afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado, los traslados que fueron realizados por fuera de su vigencia, no requerían que la asesoría incluyera la ilustración de la favorabilidad de los montos de pensión de cada régimen, por lo que no puede exigirse a las administradoras que demuestren una circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, más aun, cuando las consecuencias que acarreó el traslado son responsabilidad exclusiva de la demandante, quien ratificó su intención de permanecer en el RAIS, no solo con la firma de los documentos mediante los que se afilió a la AFP, sino además, porque aceptó todas y cada una de las actuaciones administrativas realizadas por Porvenir S.A. en la administración de los ahorros que permanecían en la cuenta individual.

Sostuvo que, con el formulario de afiliación se dejó constancia que la información que le fue suministrada a la demandante fue clara y veraz, y que su firma fue realizada de forma espontánea, libre y sin ningún tipo de presión, con la cual además la demandante renunció al régimen de transición, teniendo en cuenta las diferencias favorables existentes entre los regímenes, y lo que era conveniente para ella en la época en que realizó su traslado.

2. De la devolución de aportes y los gastos de administración

Adujó que con la decisión del a quo, se está ignorando que dentro del proceso se probó que el 16 de enero de 2001 fue aprobado el traslado de la demandante a COLPENSIONES, y en virtud de ello, la AFP giró a favor de dicha administradora la totalidad de los saldos que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que a la fecha no tiene en su poder ningún valor por concepto de cotizaciones, lo cual implica que no es posible jurídica ni físicamente realizar la devolución de aportes ordenada al encontrarse la cuenta en ceros.

Aunado a ello, aseguró que no se debe condenar a su entidad a la devolución de los gastos de administración, pues de conformidad al artículo 20 de la Ley 797 de 2013, el 3% de la cotización realizada al fondo de pensiones está

destinada a financiar los gastos de administración, por lo que el devolver dicho concepto a Colpensiones, resulta inequitativo con Porvenir, ya que lo despoja de unas sumas que fueron causadas por su debida administración de los aportes realizados por la demandante, la cual generó los rendimientos que incrementaron el valor del ahorro de esta última, situación que no hubiera ocurrido de permanecer en el régimen de prima media, toda vez que la ley establece que los aportes efectuados a Colpensiones, se utilizan para financiar las pensiones ya reconocidas junto con los aportes que realiza la nación, por lo que en el caso de la demandante sus aportes al día de hoy no hubieran generado ninguna rentabilidad, razón por la que no debe ordenarse la devolución de dicho concepto a Colpensiones, mas aun, cuando dicha administradora no efectuó ninguna administración de los recursos, lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por la señora **BLANCA INÉS SÁNCHEZ PEÑA** el día 31 de mayo de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A. devuelva si no lo ha hecho la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM **3.** Si con la ineficacia del traslado, conserva el Régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993 **4.** y de ser así si le asiste derecho al reconocimiento y pago por parte de Colpensiones de una pensión conforme al acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo debidamente indexado.

DE LA INEFICACIA DE TRASLADO

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 1995, con fecha de efectividad el 01 de junio de 1995 y posteriormente solicitó

trasladarse nuevamente a COLPENSIONES el día 16 de marzo de 2001, con fecha de efectividad el 01 de mayo de 2001 (fl.181 del archivo 01 de la carpeta 21 del expediente digital)

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte

débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas*

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación la sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el presente caso, los fondos demandados en su contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** expediente administrativo. **AFP PORVENIR aportó:** Formulario de afiliación a PORVENIR S.A. de fecha 31 de mayo de 1995, certificado SIAFP, Certificado estado de la cuenta de ahorro individual de la demandante, Relación histórica de aportes emitida por porvenir, relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual, comunicación de del 13 de marzo de 2009 en la que informa que se trasladaron sus aportes al ISS por la afiliación del 16 de marzo de 2001, certificación de consignación del banco de occidente.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de mayo de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que asesoró y brindo toda la información necesaria, sin que se allegue la hoja de vida de quien brindo la asesoría, para verificar que formación profesional tenía, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 31 de mayo de 1995, la demandante tenía 689.87 semanas (“Reporte de Semanas Cotizadas” de la subcarpeta 02 de la carpeta 21 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 29 de septiembre de 1957 – fl.3 del archivo 01 de la carpeta 21 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM cuando cumpla con la densidad mínima de semanas requeridas dependiendo del régimen pensional aplicable (precisando que para el 18 de mayo de 2018, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES, la demandante había cotizado 1101,86 semanas, “Reporte de Semanas Cotizadas” de la subcarpeta 02 de la carpeta 21 del expediente digital) en cambio en el RAIS, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 31 de mayo de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud

de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en

las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, 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 en 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.”

Del mismo modo, en lo que refiere a la orden de devolver los gastos de administración a COLPENSIONES, tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.** (Negrita fuera de texto)*

De lo anterior es claro, que pese a lo argumentado por la AFP apelante, el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y

con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, tal como fue condenado por el *A quo*, dado a que no se acreditó en el plenario que los dineros correspondientes a dichos conceptos, hayan sido remitidos a Colpensiones junto con el monto que tenía la demandante en su cuenta individual cuando retornó al régimen de prima media.

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

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Ahora, se ha dejado sentado que solo se le podría endilgar a COLPENSIONES la responsabilidad del reconocimiento de una pensión, a partir de la ejecutoria del fallo que ordena la ineficacia, esto, en atención a que dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación, el retiro del sistema previamente por parte del afiliado o por lo menos, tener prueba de la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas, lo cual solo ocurriría, una vez sean trasladados por parte de la AFP al COLPENSIONES, los conceptos ordenados en la sentencia, situación que no ocurre en el presente asunto, toda vez que la demandante se devolvió al régimen de prima media conforme a los términos de ley.

No obstante, no pasa por alto esta Sala de decisión, que la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha venido estableciendo su criterio a efectos de reconocer la pensión de vejez en procesos de iguales características al que está bajo estudio, tal es el caso de las sentencias SL1407 de 2022, SL1349 de 2022, SL831 de 2022, entre otras, en las que previa la declaratoria de ineficacia del traslado, reconoce pensión en cabeza del demandante en aquellos eventos en los cuales es beneficiario del régimen de transición, situación que como fue indicado por el *A quo* ocurre en el presente asunto, tal como pasa a explicarse.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que son beneficiarios del régimen de transición las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años

de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, sin embargo, este régimen de transición encontró una limitante temporal en su aplicación, contenida en el acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, en cuyo párrafo transitorio 4º, se señaló:

"El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Por lo anterior, resulta fácil colegir que el párrafo transcrito no es aplicable a todos los beneficiarios del régimen de transición sino sólo a aquellos que no consoliden los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas de cotización antes del 31 de julio de 2010, ya que de verificarse los mismos con posterioridad a esa calenda deberán acreditar un requisito adicional, cual es, que a la entrada en vigencia del citado acto legislativo (25 de julio de 2005) tengan cotizadas 750 semanas o más, con el único fin de mantener dicho régimen, caso en el cual se extiende su amparo hasta el 31 de diciembre de 2014.

En este orden de ideas, al aplicar la normativa enunciada en el caso de la demandante, encontramos, que nació el 29 de septiembre de 1957, por lo que para el 1 de abril de 1994, contaba con 36 años de edad (fl.3 del archivo 01 de la carpeta 21 del expediente digital), lo que la hace beneficiaria del régimen de transición por edad, siendo así, le es aplicable el acuerdo 049 de 1990 por ser el régimen inmediatamente anterior a la Ley 100 de 1993, el cual se recuerda, en su artículo 12 dispone como requisitos para pensionarse, que el afiliado tenga: "a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y b) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagaderas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.", requisitos que debía cumplir antes del 31 de julio de 2010, o acreditar el cumplimiento del requisito establecido en el párrafo transitorio 4º del acto legislativo 01 de 2005.

Luego, es claro que la demandante cumplió con el requisito de los 55 años de edad solo hasta el 29 de septiembre de 2012, por lo que para mantener el régimen de

transición debía acreditar 750 semanas al 25 de julio de 2005, requisito que cumplió ampliamente, pues al verificar la historia laboral (*“Reporte de Semanas Cotizadas”* de la subcarpeta 02 de la carpeta 21 del expediente digital) acreditó para dicha calenda un equivalente a 1024.08 semanas cotizadas, cumpliendo además con la densidad mínima de semanas para que le fuere reconocida la pensión de vejez conforme a los parámetros del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Respecto a la fecha de reconocimiento de la prestación, concuerda la sala con la juez de primera instancia, en que debe reconocerse a partir del 29 de septiembre de 2012, día en el que cumplió la edad mínima requerida, teniendo en cuenta que su última cotización fue para el mes de julio de 2007, y que debe ser reconocida en **13** mesadas pensionales al año, toda vez que adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el párrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente en lo que refiere al monto de la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que la demandante no superó las 1250 semanas de cotización, el IBL se deberá calcular sobre los últimos 10 años de vida laboral anteriores a la fecha de causación de la prestación debidamente indexado, tal y como lo prevé el artículo 21 de la ley 100 de 1993, así que, una vez realizadas las operaciones pertinentes (liquidación que se adjunta a la sentencia), arroja la suma de \$1.009.224,70, al cual debe aplicársele una tasa de reemplazo del 81% conforme al artículo 20 del acuerdo 049 de 1990, obteniendo una primera mesada pensional de \$817.472,01, suma superior a la condenada en primera instancia, no obstante, como quiera que dicho punto no fue recurrido por la demandante, se mantendrá el valor dispuesto por el juez de primera instancia.

Así las cosas y bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

Y respecto a la prestación pensional, debe indicarse que pese a que el derecho pensional se causó a partir de 29 de septiembre de 2012, la demandante interrumpió la prescripción con la primera solicitud de reconocimiento radicada el 8 de octubre de 2014 (“GRP-FSP-AF-2014_8460286-20141008123449” del expediente administrativo), solicitud que fue resuelta mediante Resolución GNR 36160 del 17 de febrero de 2015 (fl 16 del archivo 01 de la carpeta 21 del expediente digital), y como quiera que la demanda se radicó el 10 noviembre de 2017, no transcurrió el termino de 3 años contenido en el artículo 488 del CST y 151 del CPT y SS. por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción,

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso del apelante PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarlo en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado 10 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501020170072601)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501020170072601)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501020170072601)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Blanca Inés Sánchez Peña
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**010-2017-00726-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7ea922bb1d21f21498b6fd1fca1c6a9ec22fbbb1fb5ba94e415a1cb85ba1c90b**

Documento generado en 21/09/2022 03:45:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 36-2019-00259-01

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

DEMANDANTE: **HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PROTECCIÓN S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.) // CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, y COLPENSIONES, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 8 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., como aparece a folios 5 a 24 del

archivo 01 de la carpeta 01 expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado por HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 7 de octubre de 1998, por falta de los requisitos establecidos en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993.
2. Que, se declare valida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media con prestación definida
3. como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida
4. Se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO al RAIS, incluidos los rendimientos sin realizar ningún tipo de descuento.
5. se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez desde el 1 de julio de 2018, con el retroactivo pensional, y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación.
6. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas del proceso.
7. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 122- a 141 del archivo 01 de la carpeta 01 del expediente digital), PROTECCIÓN S.A. (fls. 1 a 34 del Archivo 02 de la carpeta 05 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 26 de febrero de 2021.

COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

Finalmente PORVENIR presentó demanda de reconvención en contra de la actora (fls.1-4 archivo 04 de la carpeta 05 del expediente digital), la cual fue rechazada por el Juzgado en auto del 17 de septiembre de 2021

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 23 de febrero de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por el señor HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 7 de octubre de 1998, a través de PROTECCIÓN S.A.; **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración, comisiones incluidas las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir e imputar los aportes recibidos a la historia laboral del demandante; **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO una pensión de vejez, de acuerdo a la Ley 797 de 2003, una vez se desafilie del sistema, liquidándola acorde a los parámetros que establecen los artículos 34 y 21 de la ley 100 de 1993; **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción; **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

De la validez del traslado de régimen pensional y del principio de sostenibilidad financiera.

Sostiene el apoderado que dentro del presente proceso no existió un error de hecho sino de derecho el cual con el transcurrir del tiempo fue subsanado, no solo con la voluntad del demandante al suscribir los formularios de afiliación y su vocación de permanencia en el régimen privado.

Adujo que, en varias oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se ha indicado que el deber de información debe acreditarse en todos los procesos indistintamente de que los accionantes sean beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que el deber de información ha variado con el paso del tiempo, pues en el año en el que el demandante hizo su traslado, las administradoras no estaban obligadas a hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización la edad o las fluctuaciones del mercado, reiterando que para aquella época al demandante le faltaban más de 15 años para alcanzar su estatus pensional.

Aseguró debe tenerse en cuenta el límite de temporalidad para realizar el traslado de un régimen a otro, establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, ya que el demandante está inmerso en la prohibición, aunado a que no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico en el que el demandante fue parte sin ninguna presión, quien además aceptó que no se interesó en conocer los detalles de la administración de sus aportes pensionales, por lo que no puede endilgársele solo a las administradoras una negligencia en la cual él fue parte, y afectar a Colpensiones que fue un tercero ajeno a dicho negocio jurídico, porque sería quien entraría a responder, pues aunque la AFP regrese los dineros provenientes de la cuenta de ahorro individual se verá afectado el principio de sostenibilidad financiera del sistema, una vez Colpensiones deba reconocer la futura pensión.

Adicional a ello solicitó que no se condene en costas a COLPENSIONES en atención a que, es un tercero de buena fe, que no tuvo injerencia en la afiliación realizada por el demandante ante el fondo privado.

Por su parte la **demandada PROTECCIÓN S.A.** sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

Indicó que, mediante el literal b del artículo 60 de la ley 100 de 1993, se estableció que dentro del régimen de ahorro individual, una parte del ahorro realizado por los afiliados se destinará al pago de primas de seguros, financiar el fondo de solidaridad pensional, y cubrir los gastos de administración, por lo que desde un principio se previó cubrir cada una de las necesidades que se desprendieran de la administración de las AFP que

integran el RAIS, por lo que ordenar la devolución de tales conceptos, constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante y del régimen de prima media, puesto que las gestiones de administración generaron rendimientos financieros, y los gastos de administración entraron en el patrimonio de PROTECCIÓN S.A. por disposición legal, y si se ordena su devolución, la AFP tendría que asumir el pago con cargo a sus propios recursos, en atención a que está imposibilitada para recobrar los dineros que ya fueron entregados a las aseguradoras, lo que no solo vulnera el derecho a la igualdad, sino que además, perturba la estabilidad financiera del sistema general de pensiones, ya que los conceptos de gastos de administración, primas de aseguramiento, y fondo de pensión mínima, no fueron previstos dentro del régimen administrado por COLPENSIONES, donde las pensiones que se pagan en la actualidad, son financiadas con los aportes de los afiliados, sin que estos últimos generen el rendimiento porcentual de los mercados financieros que garantizan las AFP.

Finalmente, adujo que debido a que, bajo la regulación normativa actual, PROTECCIÓN S.A. no está autorizado para realizar un traslado de régimen a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional, son los afiliados quienes deben acudir a la jurisdicción a fin de que se evalúe exhaustivamente las condiciones que rodearon en su momento el traslado conforme al precedente jurisprudencial, por lo que resulta improcedente que se condene en costas a su entidad.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuado por el señor **HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO** el día 22 de octubre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM. **3.** Y en consecuencia, si le asiste derecho al reconocimiento y pago por parte de Colpensiones de una pensión de vejez.

DE LA INEFICACIA DE TRASLADO

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 22 de octubre de 1998, con fecha de efectividad el 01 de diciembre de 1998, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP SKANDIA S.A. el día 25 de febrero de 2008, con fecha de efectividad el 1 de abril de 2008, y finalmente solicito retornar a PROTECCIÓN S.A., el día 28 de agosto de 2009 con fecha de efectividad del 1 de octubre de 2009 (fl.170 del archivo 02 de la carpeta 05 del expediente digital)

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

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

En el presente caso, los fondos demandados en su contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** expediente administrativo. **AFP PROTECCIÓN:** Formularios de afiliación a PROTECCIÓN S.A. de fechas 22 de octubre de 1998 y el 28 de agosto de 2009, solicitud de prestación económica de vejes del 12 de agosto de 2016, proyecciones para el reconocimiento de una pensión, historia laboral consolidada emitida por su entidad el 11 de septiembre de 2020, Historia laboral válida para bono expedida por el ministerio de hacienda y crédito público, Reporte estado de cuenta, Carta de validación de la asesoría de fecha 28 de agosto de 2009, certificado SIAFP, concepto emitido por la Superintendencia Financiera, y comunicado de prensa.

Es decir que las administradoras demandadas no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de octubre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

PROTECCIÓN S.A., Solo afirma en la contestación de la demanda, que asesoró y brindó toda la información necesaria, sin que se allegue la hoja de vida de quien brindo la asesoría, para verificar que formación profesional tenía, ni siquiera lo cita como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, sin que tal presupuesto se tenga por desvirtuado, por haber manifestado el actor, que no tuvo dudas ni reparos al momento de realizar el traslado de régimen al RAIS.

Ahora, encuentra esta Sala que para el momento del traslado 22 de octubre de 1998, el demandante tenía 352.14 semanas, pues si bien en la historia laboral aportada por PROTECCIÓN S.A. se indica un número inferior (folios 85 a 105 en archivo 02 de la carpeta 05 del expediente digital), una vez se verifica el reporte mes a mes del mismo documento, se encuentra que se dividió el registro de los aportes al RPM bajo los enunciados “*otro Régimen*” y “*COLPENSIONES*” siendo esta la razón por la que no concuerda con el número de semanas certificadas, aclarado esto, debe indicarse también que en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, en el año 1994 el demandante tenía 43 años (nació el 18 de noviembre de 1951 – fl.31 del archivo 01 de la carpeta 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2017 fecha en la que completo el mínimo de 1300 semanas, (precisando que para el 11 de septiembre de 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP PROTECCIÓN S.A., el demandante había cotizado 1470.71 semanas, fl. 85 a 105 en archivo 02 de la carpeta 05 del expediente digital) en cambio en el RAIS para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PROTECCIÓN S.A., el 22 de octubre de 1998, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar

información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, 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 en 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.”

Del mismo modo, en lo que respecta al punto apelado por la AFP en lo que refiere a la orden de devolver los gastos de administración a COLPENSIONES, Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.*** (Negrita fuera de texto)

De lo anterior, es claro que pese a lo argumentado por la AFP apelante, el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, tal como fue ordenado por el A quo.

Finalmente debe indicarse, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo

público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Ahora, es claro para esta Sala que en el presente proceso no solo se encontraba en discusión la afiliación del demandante al Régimen de Pensiones, sino también, la Administradora de Fondos de pensiones que eventualmente tendría la obligación de pensionarlo, situación frente a la cual en decisiones anteriores, se ha dejado sentado que solo se le podría endilgar responsabilidad a COLPENSIONES en el reconocimiento de una pensión, a partir de la ejecutoria del fallo que ordena la ineficacia, esto, en atención a que dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación, el retiro del sistema previamente por parte del afiliado o por lo menos, tener prueba de la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas, lo cual solo ocurriría, una vez sean trasladados por parte de la AFP al COLPENSIONES, los conceptos ordenados en la sentencia.

Sin embargo, tal situación no acontece en el presente asunto, pues pese a que en la sentencia bajo estudio se ordenó el reconocimiento de una prestación pensional en cabeza de COLPENSIONES y a favor del demandante, no erro el juez de primera instancia en la orden impartida, toda vez que tal como se indicó en líneas anteriores, condiono su cumplimiento a la efectiva desafiliación del sistema del demandante, y otorgó libertad a la administradora de realizar la liquidación de la prestación conforme a las normas aplicables y las particularidades propias que se presenten en la historia laboral del actor, razón por la que no hay lugar a modificar dicha condena.

Así las cosas y bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **HENRY DICLO CLAVIJO CASTILLO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., el 22 de octubre de 1998, y el reconocimiento de una pensión de vejez conforme a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, una vez se desafilie del sistema, liquidándola acorde con los parámetros de la Ley 100 de 1993.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, máxime si se trata de un tema reiterado, razón por la cual no hay lugar a variar la condena en costas fijadas en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503620190025901)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503620190025901)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620190025901)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Henry Diclo Clavijo Castillo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**036-2019-00259-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **001a1f87f946936e2567dc3b24083b871eda28ddce83794e188c7f7bf85d4ca4**

Documento generado en 21/09/2022 03:45:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 015-2019-00167-01

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

DEMANDANTE: **LEONARDO ANTONIO RAMÍREZ FLÓREZ**
DEMANDADO: **PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA. SUCURSAL**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 21 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor LEONARDO ANTONIO RAMÍREZ FLÓREZ, instauró demanda ordinaria laboral contra PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA. SUCURSAL, como aparece a folios 1 a 33 del expediente, y subsanación debidamente sustentada (fl 97 a 131 del expediente) con el objeto de obtener sentencia a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES PRINCIPALES

1. **CONDENAR** a PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA. SUCURSAL, a reintegrar al demandante al cargo que ostentaba
2. **CONDENAR** a la pasiva a pagar al demandante, por concepto de perjuicios la suma de \$1.505.681.959,20
3. se condene en Ultra y Extra petita
4. y en Costas procesales.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

1. **CONDENAR** a la demandada a realizar el pago de los perjuicios que se prueben en el proceso

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestó la demanda PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA. SUCURSAL (fls. 184-204 del expediente), de acuerdo al auto del 2 de septiembre de 2020.

PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA. SUCURSAL se opone a las pretensiones del demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 5 de mayo de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada **PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA. SUCURSAL** de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda; **DECLARAR** demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la parte demandada; **CONDENÓ** en costas al demandante; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante si no fuere impugnada la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, concretamente respecto a la condena en costas en cabeza del señor LEONARDO ANTONIO RAMÍREZ FLÓREZ, toda vez que a su criterio debe tenerse en cuenta la precariedad patrimonial y su situación de

indefensión económica que fue demostrada en el proceso, al no tener ingresos y tener una familia a cargo

CONSIDERACIONES:

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

En los términos atrás expuestos, para la Sala la controversia a que deviene del recurso de apelación, se concreta en determinar si hay lugar a revocar la condena en costas impuesta al demandante por el juez de primera instancia.

COSTAS

Para resolver el recurso bajo estudio, debe esta Sala de decisión obligatoriamente traer a colación lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP aplicable a la especialidad por disposición expresa del artículo 145 del CGPSS, el cual dispone que:

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

*1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...) (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

De lo anterior, es claro que la norma dispone la imposición de las costas, bajo criterios meramente objetivos, teniendo como único requisito que la parte sea vencida en el proceso.

Dicha situación ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL4593-2020 que reiteró el pronunciamiento realizado en la SL del 13 de septiembre de 2011 bajo el radicado 38216, la cual indicó que:

“Así las cosas, se entiende que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo obliga a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones.

Los anteriores razonamientos muestran el carácter objetivo de la imposición de agencias en derecho, a diferencia del carácter subjetivo que envuelve el análisis de la temeridad en la acción, que la jurisprudencia ha descrito como:

“...la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso”.

En estas circunstancias, la actuación temeraria ha sido calificada por la Corte como aquella que supone una "actitud torticera", que "delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa", que expresa un abuso del derecho porque "deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción", o, finalmente, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia"¹.

De conformidad con los criterios esbozados anteriormente, resulta evidente que, no hay lugar para este tipo de análisis al estimar las agencias en derecho.”

Con lo anterior, es claro que la imposición de las costas en la sentencia, no puede ser derrocada al exponer factores subjetivos de la parte a la cual se le impone la obligación, pues el mandato de dicho gravamen, busca devolver a la parte victoriosa los gastos y erogaciones que hizo para la atención del proceso y gestionar su defensa judicial.

Finalmente, no pasa por alto esta corporación que en los alegatos aportados a esta instancia, el apoderado de la parte recurrente amplió el recurso de apelación solicitando que se realice pronunciamiento extra y ultra petita frente a la decisión de primera instancia, así pues, debe indicársele al profesional del derecho, que los alegatos de segunda instancia, no tienen como finalidad modificar e incluir puntos que no fueron enunciados al recurrir la sentencia, pues en ninguna forma reviven instancias procesales, y mucho menos fueron dispuestos para sanear yerros presentados al momento de controvertir la decisión, razón por la cual no se accederá

¹ Corte Constitucional T-009-00

a realizar un pronunciamiento respecto a temas diferentes al expuesto en su recurso de apelación.

En atención a las consideraciones antes expuestas, la sentencia de primera instancia será **CONFIRMADA**.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de mayo de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501520190016701)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501520190016701)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520190016701)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 015-2019-00625-01

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

DEMANDANTE: **NERY ESPERANZA LOZANO GOMEZ**
DEMANDADO: **VITALINO TELLEZ MARIN**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **NERY ESPERANZA LOZANO GOMEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **VITALINO TELLEZ**, debidamente sustentada como aparece de folio 3-9 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 19 de mayo de 1997 y el 31 de enero de 2018, fecha esta última en la que presentó renuncia.

CONDENAS PRINCIPALES.

1. **CONDENAR** al demandado al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, auxilio de transporte, dotación y vacaciones.
2. **CONDENAR** al pago de la sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.
3. **CONDENAR** a la pasiva a pagar el 70% correspondiente a los aportes al sistema General de Seguridad Social en salud.
4. Costas procesales.

CONDENAS SUBSIDIARIAS

1. **CONDENAR** al pago de las sumas adeudadas debidamente indexadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El demandado contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que no ha celebrado, ni suscrito contrato laboral, ni civil con la accionante. Proponiendo excepciones de mérito (folio 30-43)

Mediante auto del 5 de febrero de 2021, el Juzgado de origen admitió el escrito de defensa presentado por el señor VITALINO TELLEZ MARIN (folio 100).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de mayo de 2021, **ABSOLVIÓ** al señor VITALINO TELLEZ MARÍN de las pretensiones invocadas en el escrito de demanda, **DECLARÓ** probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la pasiva y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia de primera instancia.

Como sustento del recurso, la impugnante señaló: *“de acuerdo a que las pretensiones de la señora Esperanza Lozano, si bien estaban dirigidas en contra de Vitaliano Téllez, porque siempre lo reconoció como su jefe, como la persona que la mantuvo trabajando en la peluquería por tantos años siempre reconoció que era la persona a la que debía informar cada una de las inasistencias, permisos o enfermedades que tenía, entonces por ello, la demanda se presentó contra el señor Vitaliano Téllez Marín, sin dejar de tener en cuenta que Vitaliano peluquería SAS, había sido liquidada en marzo de 2019, la presente demanda se presentó en septiembre de 2019, sin embargo nos sostenemos en la interposición del recurso de apelación para que el tribunal superior sea el que tome la decisión.”*

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: Si el demandante demostró la prestación personal del servicio a favor del señor VITALIANO TELLEZ MARIN.

Así las cosas, es sabido, que para que exista contrato de trabajo, necesario resulta que concurren los elementos esenciales de que da cuenta el Artículo 23 del C. S. del T., esto es i) la actividad personal del trabajador ii) su subordinación o dependencia respecto del empleador y iii) un salario como retribución del servicio prestado, todo ello ajustado a los términos y condiciones contenidas en la norma en cita.

Así mismo, es ampliamente conocido que el Artículo 24 del C. S. del T. dispone que *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*. No obstante, esta mera presunción, no tiene la virtualidad de dirimir por sí misma la contienda, sino que comporta una mera ventaja probatoria, resultando por demás desvirtuable a través de los medios de prueba que tenga a su alcance la pasiva, por lo tanto, si bien el actor no tiene por obligación demostrar

la subordinación y continuada dependencia, si le resulta exigible el deber de acreditar la prestación personal del servicio

En ese orden de ideas, incumbe al demandante demostrar la prestación personal del servicio y a la demandada desvirtuar la presunción del ya mencionado Artículo 24 del C. S. del T., es decir, que las partes corren con la carga de la prueba en los términos y condiciones ya mencionadas, previstas en el artículo 167 del Código General del Proceso y sin perjuicio de las presunciones legales aplicables a la materia.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicado SL 6621 de 2017, ha expresado:

“Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Por lo anterior, resulta claro que lo pretendido por la parte demandante es que declare que prestó sus servicios al accionado a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de mayo de 1997 y el 31 de enero de 2018, mientras que el accionado manifiesta que “nunca” celebró o suscribió contrato laboral o civil con la promotora de la presente acción, por el contrario indicó *“a fin de dar claridad al despacho la señora Lozano Gómez, mantenía con la sociedad Vitaliano Peluquería Ltda (persona jurídica) relación civil de contrato de prestación de servicio (colaboración empresarial) donde la demandante, era autónoma en su hora de llegada, de salida (...).”* (folio 38)

Así las cosas, se tiene que al leer el escrito de demanda, se indica en el hecho primero y segundo, lo siguiente *“La señora NERY ESPERANZA LZOANO*

GÓMEZ, estilista de profesión, inició una relación laboral con el señor VITALIANO TELLEZ en Enero (sic) de 1984, mediante un contrato a término indefinido que fue liquidado en el mes de Agosto (sic) de 1996. A partir de Mayo (sic) de 1997, mi apoderad mediante un contrato de prestación de servicios, empezó a realizar sus actividades como estilista en la peluquería del señor VITALIANO TELLEZ” (folio 3). Así mismo, en el escrito inicial señaló que el señor VITALIANO TELLEZ le expidió una certificación laboral, y fue quien realizó los aportes al sistema de seguridad social integral.

Luego entiende la Sala, que lo pretendido por la parte actora, es que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la persona natural VITALIANO TELLEZ MARIN, y a efectos de probar la prestación personal del servicio, la demandante allegó como pruebas, un certificado expedido por la señora GLADYS JUDITH NAVARRETE, de fecha 18 de diciembre de 2008, en calidad de miembro del Departamento de Personal de la compañía VITALIANO PELUQUERIA LTDA, en la que se enunció:

“Que el (sic) Señora NERY ESPERANZA LOZANO G, identificada con cédula de ciudadanía N° 65.690.178 de Espinal, se encuentra vinculada con la compañía por medio de un Contrato de colaboración empresarial, desempeñando labores de ESTILISTA PROFESIONAL, desde el 19 de Mayo de 1997, y por tal concepto percibe ingresos mensuales, en promedio, de UN MILLON CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTSO CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$1.465.854.00) MCTE; discriminados así: Participación en servicios \$1.417.299.00 y Comisiones por ventas de productos \$48.555.” (folio 10).

Adicionalmente incorporó unas ordenes de trabajo, en cuyo encabezado se describe VITALIANO peluquería Ltda., sin contenido. Igualmente allegó la renuncia que presentó al cargo que desempeñaba, la cual tenía como destinatario “PELUQUERIA VITALIANO”, así como un escrito dirigido a la misma persona jurídica peticionando la expedición de una certificación y pago de prestaciones sociales (folio 15) y por ultimo trajo como pruebas unos diplomas que daban cuenta de los talleres o cursos realizados en el área de peluquería y maquillaje (folio 19-21).

El anterior material probatorio, no da cuenta de la prestación personal del servicio durante los extremos alegados en la demanda a favor de la persona natural demandada VITALIANO TELLEZ MARIN, por el contrario, al revisar el certificado de existencia y representación legal de la compañía VITALIANO PELUQUERIA S.A.S., se corrobora que el accionado figura es como representante legal de la mencionada sociedad (folio 69).

A lo que se debe agregar que el demandado señor VITALIANO TELLEZ MARIN, en su interrogatorio, si bien confesó que inicialmente la demandante tuvo un contrato de trabajo con él, el mismo fue liquidado en el año 1996: *“la conocí cuando ella ingreso conmigo cuando yo tenía una peluquería en la avenida suba (...) yo le pagaba un sueldo, yo le pagaba un sueldo, entonces ella desempeñaba el trabajo de peinar, a las personas que yo atendía”*. Aseguró que con posterioridad se independizaron, lo que conllevó a que a nombre de la peluquería suscribiera un contrato con la demandante, denominado contrato de colaboración empresarial: *“no, tenían un contrato directo con la peluquería, pues laboral, sino por prestación de servicio o colaboración empresarial”*; que la remuneración pactada era un 50% o 60% a favor de la peluquería, y lo restante a favor de la señora Lozano Gómez, y que además le suministraba solo el espacio *“lo que nosotros poníamos, al servicio del profesional, era el espejo, un tocador con su respectiva silla, cajones para guardar los elementos de trabajo”*

Así mismo la demandante al preguntársele si suscribió un contrato de prestación de servicios con VITALIANO PELUQUERIA LTDA, señaló: *“SI SEÑORA”*, compañía que le entregó un espacio físico en calidad de comodato. En cuanto a los permisos o citas médicas, preciso que estos eran solicitados al señor VITALIANO TELLEZ o a su esposa.

Por otra parte, el testigo CAMILO ROOS, adujo que trabajó con el demandado entre el año 1995-1996 hasta el 2006, que conoció a la demandante *“ella tenía un contrato inicialmente laboral, cierto, y a todos los que trabajaban en esa profesión de estilistas, yo los llamo estilistas, ellos tenían un contrato laboral y ellos mismos pidieron que los liquidáramos, porque ellos tenían el sueldo como empleados llamémoslo así y ellos pidieron pasaran a contrato de servicio porque les iba mejor, en esa fecha, no recuerdo más o menos 96, 97, no la tengo bien clara a ellos se*

les liquidaba y se le pago todas sus prestaciones sociales y se le hizo un contrato por servicio, donde después se cambió la modalidad se le pagaba con base al producido". Que, la peluquería les pagaba un porcentaje y el resto era para el empleador. Finalmente indicó, que los contratos se firmaron con la empresa, la cual tuvo diferentes denominaciones: "“cuando yo ingresé se llama vitaliano peluquería, él estuvo con un socio German, y yo estuve ahí, después salario el señor German y paso Vitaliano Peluquería Ltda., hasta el 2006, ahorita no recurso bien si paso a otra"

Entre tanto los testigos DIANA VILLAMARIN LOZANO hija de la demandante y MELQUICEDES AGUIRRE TOVAR, como esposo, a pesar de que manifestaron que la señora LOZANO GOMEZ, cumplió un horario en la peluquería, no definieron o concretaron a favor de quien prestó el servicio, si a la persona natural llamada a juicio o de una persona jurídica VITALIANO PELUQUERIA SAS.

Mientras la testigo DORALBA OCAMPO GALLEGO, expuso que trabajo en la compañía desde el 2006 al 2018, como auxiliar administrativo, cuyas funciones estaban encaminadas a la liquidación de los colaboradores, todo lo relacionado con impuestos, inventarios, y en ocasiones caja. Afirmó, que conoció a la demandante quien trabajaba para la peluquería mediante un contrato de prestación de servicio de naturaleza civil *"desde que yo llegue la señora esperanza estaba allá, vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, prestaba los servicios de estilista profesional, mediante un contrato de prestación de servicios, escrito, de naturaleza civil"*, que la remuneración se realizaba de manera quincenal en un porcentaje del 50% de las ganancias y un 20% cuando se trataba de tinturas.

Los testigos DANIEL FRANCISCO JIMENEZ y LUIS ALVARO CALDERON, quienes también laboraron en la compañía VITALIANO PELUQUERIA, como vigilantes, manifestaron que la demandante también trabajo allí. en un espacio reservado solo para ella, pero que no conocieron la clase de contrato

Por ultimo GLADYS STELLA BARBOSA, agregó que trabajo para la peluquería desde 1987 hasta el 2018, tiempo durante el cual conoció a la accionante, quien tenía un contrato de prestación de servicio con la compañía.

Luego entonces las pruebas reseñadas, permiten concluir que la demandante no prestó sus servicios a la persona natural demandada, sino a una compañía donde el señor VITALIANO TELLEZ MARIN, tenía la calidad de representante legal, y con ocasión a ello tenía la facultad de impartir ordenes, a la luz de lo establecido en el artículo 31 del C.S.T, al contemplar que son representante del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores *“quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono”*, es decir, las ordenes que impartía el mencionado señor, no las hizo en nombre propio, sino en representación de la sociedad mencionada.

Por lo que al no demostrarse la prestación del servicio a favor de Vitaliano Téllez Marín, como persona natural, durante los extremos alegados en la demanda, no es posible acceder a la suplicas de la demanda, precisando que el hecho que la sociedad este en liquidación no implica que la existencia de ese contrato se deba declarar con la persona natural, salvo se repite que se hubiese demostrado que la actividad o laborar la hubiese ejercido o ejecutado para el demandado, caso en el cual se configuraba la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T, correspondiéndole al demandando desvirtuarla, empero como ello no ocurrió se confirmara la ABSOLUCION impartida por el Juzgador de primera instancia,

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2021, por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Rad. 11001310501520190062501)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501520190062501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520190062501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No.17-2017-00569-01**

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

**DEMANDANTE: GUSTAVO ORTEGON SOTO
DEMANDADO: WINSTALL SECURITY LTDA
ASUNTO: CONSULTA PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de julio de 2021, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS.

La parte demandada WINSTALL SECURITY LTDA presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 2 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO ORTEGÓN SOTO, instauró demanda ordinaria laboral contra WINSTALL SECURITY LTDA., debidamente sustentada como aparece de folio 6 a 9 del expediente digitalizado y subsanación de la demanda debidamente sustentada (pg. 23 a 26 del expediente digitalizado), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVA:

1. **DECLARAR** que la empresa WINSTALL SECURITY LTDA., no cancelo el auxilio de transporte al señor GUSTAVO ORTEGÓN SOTO durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 y el 28 de agosto de 2014, tiempo en el que ostentó el cargo de Supervisor de Medios Tecnológicos de la empresa Demandada

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** a la accionada a reconocer y paga el valor indexado del auxilio de transporte causado desde el 01 de julio de 2011 hasta el 26 de agosto de 2014.
2. **CONDENAR** a WINSTALL SECURITY LTDA. a pagar la indemnización por falta de pago establecida en el numeral 1° del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada **WINSTALL SECURITY LTDA.**, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia en páginas 50 a 55.

El anterior escrito fue admitido por el Juzgado de Primera instancia, mediante auto del 31 de julio de 2019

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 8 de julio de 2021, **DECLARÓ** probada las excepciones de inexistencia del derecho pretendido, cobro de lo no debido, pago de los derechos causados y falta de fundamento probatorio; **ABSOLVIÓ** a la demandada **WINSTALL SECURITY LTDA.** De todas las pretensiones incoadas en su contra y **CONDENÓ** en costas al demandante en estas a la accionante; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue adversa a los intereses del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar si el demandante tiene derecho a que se ordene el pago del auxilio de transporte durante la relación laboral que existió con la demandada, y en caso afirmativo determinar si hay lugar al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CPT y de la SS.

En esta instancia no se encuentra en discusión que existió una relación laboral entre GUSTAVO ORTEGÓN SOTO y la demandada WINSTALL SECURITY LTDA., desde el 1 de julio de 2011 hasta el 26 de agosto de 2014 bajo un contrato a término indefinido, devengando un salario mínimo legal mensual vigente, la cual terminó por renuncia presentada por el demandante.

Realizada la anterior precisión, y a efectos de resolver el cuestionamiento planteado, tenemos que el concepto de auxilio de transporte pretendido, se encuentra establecido en el artículo 2 de la Ley 15 de 1959, el cual establece quienes son beneficiarios de dicho concepto, así:

ARTICULO 2: Establécese a cargo de los patronos en los Municipios donde las, condiciones del transporte así lo requieran a juicio del Gobierno, el pago del transporte desde el sector de su residencias hasta el sitio de su trabajo, para todos y cada uno de los trabajadores cuya remuneración no exceda de un mil quinientos pesos (\$1.500.00) mensuales. El Gobierno podrá decretar en relación con este auxilio las exoneraciones totales o parciales que considere convenientes, así como también podrá graduar su pago por escala de salarios o número de trabajadores, o monto del patrimonio del respetivo taller, negocio o empresa.

PARÁGRAFO. El valor que se paga por auxilio de transporte no se computará como factor de salario se pagara exclusivamente por dos días trabajados.

Adicional a ello, el Decreto 1258 de 1959 en su artículo 4, incorporó como requisito adicional para ser beneficiario del auxilio, que el trabajador resida *“a una distancia de mil (1000) metros o más del lugar de trabajo”*.

Ahora, nuestra H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral también se ha pronunciado respecto al Auxilio en comento, estableciendo que pese a cumplir con el requisito de devengar menos de 2 SMLMV para ser beneficiario de esta asistencia económica, su reconocimiento puede ser exceptuado en dos situaciones especiales, siendo estas i) *si el trabajador vive en el mismo lugar de trabajo y ii) si la empresa suministra gratuitamente y de manera completa el servicio de transporte*.

En dicho sentido nuestro órgano de cierre en pronunciamientos más recientes sentencias CSJ SL 2432-2022 y SL 2169-2019 que reiteran la sentencia SL 1950, 1° julio 1988 señaló que:

“La Ley 15 de 1959, artículo 2°, estableció a cargo de los patronos el denominado auxilio de transporte que explicó como la obligación de pagar al trabajador que reúna los requisitos previstos, el transporte “...desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo...”

Se desprende de lo anterior como lógica consecuencia y sin que sea indispensable acudir a los varios decretos reglamentarios cuya vigencia se discute, que no hay lugar al auxilio si el empleado no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado de éste (sic) no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo o cuando es de aquellos servidores que no están obligados a trasladarse a una determinada sede patronal para cumplir cabalmente sus funciones.

[...]

De consiguiente, es claro que el Tribunal no incurrió en la aplicación indebida por vía directa que le atribuyó el censor, dado que el auxilio referido se genera en favor de los trabajadores que devenguen hasta 2 veces el salario mínimo, pero sólo en principio, pues por excepción puede ocurrir que el trabajador no lo requiera y si el sentenciador en el caso examinado concluyó que ello era así resultaba improcedente reconocerlo.”

Así pues, considera esta Sala de decisión que todo trabajador que devengue hasta 2 SMLMV, tiene derecho al auxilio de transporte, y si este afirma que no le fue pagado tal concepto, corresponde entonces, al empleador probar ya sea el pago o la situación por la cual el trabajador no tenía derecho al reconocimiento del mentado emolumento, ello, en la medida que tal auxilio se otorga por disposición legal, como una compensación al trabajador frente a parte de los

gastos de transporte en que incurre para desplazarse a su sitio de trabajo, lo cual se encuentra acorde con las características que revisten nuestra especialidad dirigidas a lograr el equilibrio entre las partes de una relación laboral, y que además, se está en presencia de una negación indefinida, la cual conforme al artículo 167 del CGP, no requieren demostración, por lo que es al patrono a quien se le traslada la carga de desvirtuar el presunto incumplimiento.

Así las cosas, descendiendo al caso en concreto, corresponde a esta corporación determinar si en efecto tal como lo indicó el *A quo*, la empresa demandada logró demostrar que el aquí demandante no era beneficiario del auxilio de transporte solicitado, para ello, no puede pasarse por alto, que durante el trámite procesal, al demandante se le aplicaron las sanciones dispuestas en el numeral 1 del inciso 6° del artículo 77 del CPTSS y del artículo 205 del CGP, por su inasistencia tanto a la audiencia obligatoria de conciliación, como a la práctica del interrogatorio de parte que debía surtir, sanciones que confluyen, en que se presumen como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación y sus excepciones de mérito.

Dicho esto, en lo que interesa a la pretensión perseguida en la demanda, se presumen como ciertos los siguientes presupuestos facticos suscritos en la contestación presentada:

- El demandante suscribió un contrato de arrendamiento de motocicleta de fecha 1 de julio de 2011, donde se comprometía a alquilar la moto de placas QVS91C de su propiedad, con el fin de prestar servicios en forma exclusiva al empleador, por lo que durante la relación laboral el accionante no incurrió en gastos de transporte para su movilización a la empresa (excepción de *"inexistencia del derecho pretendido"*)
- La demandada canceló al actor la totalidad de los derechos legalmente causados en favor del trabajador de acuerdo a lo pactado por las partes en el contrato (excepción de *"pago de los derechos legalmente causados"*)

Sin perder de vista lo anterior, debe indicarse que tal como se indicó en la sentencia objeto de consulta, se encontró debidamente demostrado en el plenario, que el demandante mediante contrato de arrendamiento del 1 de julio de 2011, alquiló a la empresa la motocicleta de su propiedad con placa QVS91C (fl.60 archivo pdf denominado *"2017-569" del expediente digital*), situación que no era

extraña dentro de la compañía, pues así fue indicado por los señores EDIL HERNANDEZ GONZÁLEZ, MARCO FIDEL ARIAS, y MARINO DE JESÚS ORTIZ GALVIS, quienes reiteraron, que en atención a que el cargo que ostentó el demandante tenía como función, cumplir con una ruta establecida para visitar a los clientes de la empresa y además estar presto a dirigirse a cualquier alerta de seguridad que señalara la central, la motocicleta era una herramienta indispensable para la movilización del mismo, vehículo que además aseguraron, no era entregado de forma directa a la empresa, sino que el dueño la mantenía 24 horas del día, lo que implicaba que podía utilizarla por fuera de su horario laboral, sin que se encuentre medio por el cual se demuestre, que fuere diferente en lo que respecta al caso específico del demandante, situación que les consta al ser empleados de la empresa durante el periodo en el que estuvo vinculado el actor.

Siendo así, es claro que no erró el juez de primera instancia al absolver a la empresa demandada del pago del concepto de auxilio de transporte al demandante, pues este último se encontraba inmerso en la segunda excepción al pago de dicho concepto, ya que con el arrendamiento de la motocicleta, WINSTALL SECURITY LTDA suministró de manera completa el servicio de transporte a favor del señor GUSTAVO ORTEGÓN SOTO, pues pese a adquirir en arriendo el vehículo de propiedad del demandante y pagarle un monto establecido, su uso se mantuvo en cabeza del mismo, ya fuera para el cumplimiento de sus funciones contractuales, o para su uso personal, de lo cual es viable concluir, que como trabajador no requirió del auxilio demandado durante su relación laboral, al no tener que usar ningún medio de transporte adicional para dirigirse a cumplir sus labores o en el regreso a su hogar, razón suficiente para negar dicha pretensión.

Finalmente, debe indicarse que tampoco hay lugar a modificar la decisión adoptada en primera instancia respecto a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, pues esta última, se genera respecto a la falta de pago de *“salarios y prestaciones”* a la terminación del contrato, y como quiera que la parte actora solo presentó inconformidad respecto a la falta de pago del auxilio de transporte, del cual ya fue absuelta la demandada, sumado a la presunción antes indicada, de que la empresa pagó a favor del trabajador todos los conceptos causados durante la vigencia de la relación laboral, es claro que el demandante no tiene derecho a que se libre condena a su favor de dicha indemnización.

Bajo las anteriores consideraciones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a **WINSTALL SECURITY LTDA.** de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor **GUSTAVO ORTEGÓN SOTO.**

COSTAS.

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 8 de julio de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310501720170056901)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501720170056901)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501720170056901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 021-2019-00649-01

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

DEMANDANTE: FAUSTINO GUERRERO PARRA
DEMANDADO: COLPENSIONES
NEKAL S.A.S.
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA (NEKAL
S.A.S.) //

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada NEKAL S.A.S., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, así como NEKAL S.A.S., presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 29 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **FAUSTINO GUERRERO PARRA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES Y NEKAL S.A.S.**, como aparece a folios 8 a 16 del archivo 01 del expediente digitalizado, y subsanación de la demanda debidamente

sustentada (fls.83 a 91 del archivo 01 expediente digitalizado), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos

PRETENSIONES:

1. **CONDENAR a NEKAL S.A.S.** a reajustar las cotizaciones pensionales del demandante conforme al salario realmente devengado durante los años 2010, 2011, 2012, y 2013
2. **CONDENAR a NEKAL S.A.S.** a pagar a **COLPENSIONES** a favor del demandante los intereses moratorios establecidos en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993
3. **CONDENAR a NEKAL S.A.S.** a pagar al demandante el mayor valor del retroactivo pensional que se genera por el incumplimiento en la obligación de realizar los aportes a pensión con base en el salario realmente devengado por el demandante.
4. **CONDENAR a COLPENSIONES** a efectuar el cálculo actuarial de las diferencias que debe pagar NEKAL S.A.S., e incluya en la liquidación los intereses correspondientes.
5. **CONDENAR a COLPENSIONES** a re liquidar la pensión de vejez del demandante, teniendo en cuenta los ingresos realmente percibidos durante los años 2010, 2011, 2012, y 2013.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: **COLPENSIONES** (fls 173 a 190 del archivo 01 del expediente digital) y **NEKAL S.A.S** (fls 245 a 254 del archivo 02 y subsanación fl 6-16 archivo 04 del expediente digital), de acuerdo a los autos de fecha 24 de agosto y 2 de septiembre de 2021, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 1 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de noviembre de 2021, **CONDENÓ** a la sociedad **NEKAL SAS**, a pagar a favor del demandante los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, previo calculo efectuado por **COLPENSIONES**, teniendo en cuenta el salario realmente devengado por el demandante para los años 2011, 2012 y 2013 así: febrero de

2011: 665.800, febrero a diciembre de 2012: \$704.250 y enero a diciembre de 2013: \$732.600; **ABSOLVIÓ** a **COLPENSIONES** de las pretensiones planteadas en su contra y a la compañía demandada de las restantes pretensiones; y **CONDENÓ** en costas a **NEKAL SAS**.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la demandada NEKAL S.A.S interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se absuelva de la totalidad de las pretensiones.

Como sustento del recurso, la impugnante señaló que, pese a que con la contestación de la demanda aclaró el valor de los salarios devengados por el demandante para los años 2011, 2012 y 2013, también aportó las planillas mediante las cuales pagó las diferencias necesarias para reajustar las cotizaciones realizadas por dichos periodos, asegurando que a diferencia de lo motivado en la sentencia, de las planillas si es posible extraer que fueron pagadas a nombre del interesado, por lo que su entidad suplió la obligación de realizar los aportes a seguridad social sobre los salarios realmente devengados, y con la orden judicial, se estaría obligando a realizar un doble pago al sistema de seguridad social.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar, si al demandante le asiste derecho a que NEKAL SAS pague a Colpensiones cálculo actuarial a su favor, por la diferencia causada entre el salario realmente devengado y el cotizado en el mes de febrero de 2011, y los periodos comprendidos entre febrero a diciembre de 2012 y enero a diciembre de 2013.

En esta instancia, no hay discusión en cuanto a que el señor FAUSTINO GUERRERO PARRA, laboró al servicio de la demandada, desde el 15 de agosto de 1984 hasta el mes de febrero de 2017, además, que los salarios que realmente devengó para el mes de febrero de 2011 fue de \$665.800, de febrero a diciembre de 2012 la suma de \$704.250, y de enero a diciembre de 2013 la suma de \$732.600, pues así se dejó sentado en la parte motiva de la sentencia de primera instancia, sin que la mentada compañía haya controvertido este supuesto fáctico, más cuando en el escrito de contestación, así lo aceptó.

Hechas las anteriores precisiones, debe indicarse, que el literal a) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, señala que la afiliación al sistema en comento es obligatoria para todos los trabajadores sean dependientes o independientes.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que modifica el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, indica con respecto a la obligatoriedad de las cotizaciones, que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, determina que el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno Nacional.

De otra parte, el artículo 23 de la ley en comento, preceptúa que los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán al fondo de reparto correspondiente o en la cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que la inconformidad del recurrente se centra en que, pese a acreditarse que no realizó la cotización por el salario real que devengó el demandante para los meses de febrero de 2011, febrero a diciembre de 2012 y enero a diciembre de 2013, a su criterio, con las planillas de pago que aportó al plenario, demostró haber corregido tal situación, ya que con ellas asegura canceló las diferencias existentes en las cotizaciones, y dicho pago fue realizado con sus respectivos intereses.

Así pues, para resolver la presente controversia, dirige la atención esta corporación a las planillas de liquidación arrimadas durante el transcurso del proceso, y que se encuentran a folios 266 a 333 del archivo 02 y 21 a 108 del archivo 04 del expediente digital, documentales de las cuales puede extraerse fueron emitidas por “miplanilla.com” de Compensar, y constan de dos tipos de cuadros diferentes, el primero, en el que se detalla entre otros datos, el nombre de la empresa cotizante, su identificación, el periodo al que se realiza la cotización, la fecha de pago, y el monto cancelado discriminando cada entidad a la que se destina, tal como se muestra a continuación:

Respetado(s) señor(es)

Con atento saludo, informamos que Compensar Operador de Información procesó el siguiente pago realizado por medio de:



Nombre	NEKAL S.A.
Tipo y número de identificación	860052303
Número de radicación planilla	8375554358
Fecha de pago	10/6/2014
Número de autorización de pago	75554358
Banco	1052
Valor comisión	\$0

Número de empleados	1
Periodo cotización salud	Marzo 2012
Periodo cotización pensión	Febrero 2012
Periodo cotización caja	Febrero 2012
Número de administradoras	4
Total Pagado	\$128.510
Total Interes mora	\$56.700

CÓDIGO ADMINISTRADORA	NOMBRE	TOTAL PAGADO	NÚMERO DE AFILIADOS
14-23	POSITIVA COMPANIA DE SEGUROS	\$1.800	1
25-14	Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones	\$54.000	1
CCF22	Colsubsidio Caja de Compensación Filar	\$13.560	1
EPS037	Nueva Promotora de Salud - Nueva EPS	\$42.200	1
PAICBF	ICBF Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	\$10.170	1
PASENA	SENA	\$6.780	1

(Fragmento planilla obrante a folio 41 del archivo 04 del expediente digital)

Y el segundo denominado “liquidación detallada de aportes”, en el cual se incluyen datos tales como el nombre del afiliado, el valor del IBC, y el valor a cancelar por liquidación de aportes a pensión y salud, tal como se muestra a continuación:

[illegible]

(Fragmento planilla obrante a folio 48 del archivo 04 del expediente digital)

De lo anterior, y una vez verificadas la totalidad de documentales enunciadas, debe indicarse que se halla razón a lo motivado por la juez de primera instancia, en lo que refiere a que del contenido de las planillas no se puede tener certeza del presunto pago realizado por la empresa demandada, con el que aduce corrigió el monto de los aportes con el salario realmente devengado por el demandante, esto, en atención a que si bien del primer cuadro puede extraerse el periodo al cual se le está aplicando el pago y el monto cancelado, lo cierto es que del mismo no puede extraerse que dicha cotización se esté efectuando a nombre del demandante, pues nótese, que no se enlista en ningún aparte del cuadro, ya sea el nombre del trabajador o su número de identificación, situación que se repite en todas y cada una de las planillas que enuncian los periodos frente a los cuales se emitió condena en primera instancia, y que en lo que interesa están ubicadas a folios 267, 268, 270 a 280 y 288 a 296 del archivo 02 del expediente digital.

Ausencia probatoria, que tampoco se supera al verificar el segundo tipo de planilla, pues pese a que la mayoría resulta ilegible, al verificar el contenido de las que fueron digitalizadas con mejor resolución, se encuentra que en efecto certifican liquidaciones de aportes a pensión y salud realizadas a nombre del aquí demandante, no obstante, no enuncia el periodo frente al cual se le está liquidando dicha cotización, sin que este demás aclarar, que tampoco se observa que dichos

cuadros se complementen entre sí, pues las liquidaciones aportadas no concuerdan con los valores que se certifica, fueron pagados por la empresa demandada.

Así las cosas, y en atención a que el recurso bajo estudio estaba sujeto a la valoración probatoria de dichas documentales, y que de las mismas no se logra acreditar el correcto pago de los aportes a pensión ordenados en el fallo recurrido, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia en su totalidad.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a la entidad apelante NEKAL S.A.S., habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor del demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado 1 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120190064901)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502120190064901)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120190064901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 023-2018-00683-01

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

DEMANDANTE: **CLAUDIA LUCÍA LÓPEZ CADENA**
DEMANDADO: **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P Y JAIME
AUGUSTO OSORIO**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante como demandada presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA LUCÍA LÓPEZ CADENA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **JAIME AUGUSTO OSORIO Y COLOMBIAN TELECOMUNICACIONES S.A.**, debidamente sustentada como aparece de folio 3-13 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** que, fue objeto de las conductas descritas en los numerales 2,3 y 4 del artículo 2 de la Ley 1010 de 2008
2. **DECLARAR** que, las conductas descritas en las referidas normas, fueron llevadas a cabo con las circunstancias agravantes enunciadas en los literales a, b, e y h del artículo 4 de la Ley 1010 de 2008.
3. **DECLARAR** que, las conductas de acoso laboral de las cuales fue objeto, configuraron la justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte de ella
4. **DECLARAR que**, la compañía demandada le generó perjuicios patrimoniales, derivados del despido indirecto consistentes en que le resultó imposible seguir cumplimiento con el pago de un préstamo con una entidad financiera

CONDENAS PRINCIPALES.

1. **CONDENAR** a la compañía demandada al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por causas imputables al empleador.
2. **CONDENAR** al pago del bono por resultados correspondiente al año 2017.
3. **CONDENAR** al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.
4. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los perjuicios patrimoniales.
5. **COMPULSAR** copias a la Fiscalía General de la Nación para que investiguen si los hechos constitutivos de conductas de acoso laboral, constituyen delito.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad demandada **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que no ejerció actos de violencia, malos tratamientos o amenazas graves contra la demandante o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio. Igualmente propuso excepciones de mérito (folio 75-135)

En tanto el señor **JAIME AUGUSTO OSORIO**, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, indicando que el contrato de trabajo que suscribió la demandante lo

fue con la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., ni ha ejercido como empleador. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, entre otras.

Mediante auto del 11 de marzo de 2020, el Juzgado de origen admitió los escritos de defensa presentados por el señor **JAIME AUGUSTO OSORIO y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.** (folio 339).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de noviembre de 2020, **ABSOLVIÓ** a los demandados de las pretensiones invocadas en el escrito de demanda, y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia de primera instancia.

Como sustento del recurso, la impugnante señaló en síntesis que el juez de primera instancia, valoró erróneamente las pruebas, ya que las mismas daban cuenta que la renuncia no fue voluntaria, sino consecuencia de las actuaciones de acoso laboral. Además, adujo que, las conductas que configuraron esos malos tratos, fueron ignoradas por el jefe directo y por el personal de recursos humanos. Señaló que cuando atendieron su queja, estaba presente su jefe, quien le realizó una evaluación, y ante el temor infundido su única manifestación fue que estaba conforme y feliz en sus labores. Informó que unos de los testigos, enunció que fue objeto de insultos y persecución. Insistió que la voluntad estuvo viciada, que ante la intimidación impartida no pudo quejarse. Que también los correos electrónicos fueron apreciados erróneamente, ya que no se observó la fecha, el contenido, como tampoco la respuesta dada por el empleador. Por ultimo preciso que la sociedad no realizó ninguna gestión, para frenar las conductas de acoso y que nunca hubo incumplimiento en las labores asignadas.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: Si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, ya que la renuncia que presentó fue con ocasión a los malos tratos impartidos por el empleador.

Dentro del presente trámite no existe controversia, respecto de la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, el cual estuvo vigente entre el 10 de junio de 2004 hasta el 26 de diciembre de 2017, fecha en la que la trabajadora presentó renuncia, argumentando situaciones de maltrato, discriminación y hostigamiento por parte del empleador.

En la carta de renuncia la parte actora alego como casual el numeral 2 del literal B del artículo 62 del C.S.T, así como el artículo 2 y 4 de la Ley 1010 de 2006, enunciando:

“En efecto, el Sr. Osorio me hacía saber verbalmente, nunca por escrito, como lo demuestra el disco duro de mi computador y bien lo puede verificar la empresa, que nada de lo que yo hacía con las personas de mi equipo de trabajo le gustaba, poniendo constantemente en entre dicho, sin fundamento alguno, el profesionalismo con el cual desempeñaba mi cargo, y el trabajo que responsablemente desarrollé para Telefónica a lo largo de 13 años en la empresa. (Descalificación, desmotivación, inducción a la renuncia)

El señor Osorio no me permitía hacer observación profesional alguna respecto de sus opiniones en cuanto a la forma de cumplir el trabajo del área, dejando siempre en evidencia su indisposición a recibirlas y, debido a ello, yo tenía que aceptar su voluntad y solo responder con un “sí señor”, para evitarme cualquier tipo de regaño y que “me cogiera entre ojos”. (Persecución laboral, amenazas, temor)

Desconozco las razones de esta animadversión hacia mí, pero la misma era tan carente de fundamento profesional alguno, que de ella se percataron otros compañeros de la dirección, que al igual que yo le responden directamente a él porque también es jefe directo de ellos y son: Camilo Charum (Gerente de Ingeniería Preventa), Paulo Franco (Gerente de Integración de Soluciones) y Claudia Layton (Jefe de Seguimiento de Proyectos y Licitaciones). Paulo y Claudia me recomendaron mantenerme lo más alejada posible de él, no copiarle los correos en los cuales yo lo mantenía al tanto de los avances de las actividades de la dependencia y limitarme a llevarle siempre la “corriente”, puesto que evidentemente ellos notaban que yo no era de sus afectos. (Discriminación).

Ellos me recomendaban proceder de esta manera, porque todo el tiempo yo estaba angustiada y estresada, puesto que sin ningún criterio objetivo, para el señor Osorio todo lo que yo hacía estaba mal, lo cual, después de tantos años de prestar mis servicios profesionales a la empresa, entregando lo mejor de mis capacidades profesionales, me hacía llorar todo el tiempo y temer por la pérdida de mi trabajo. (Descalificación)

Así, las amenazas de despido y de las de llevarme a recursos humanos de las cuales fui blanco por parte del Sr. Osorio, se dieron según él, porque “estaba cansado de que le escalara cosas de la operación de mi área”, es decir, porque debido al temor a perder mi empleo, yo lo mantenía informado del cumplimiento cabal de mis funciones, y en este sentido dichas amenazas

u descalificaciones fueron presenciadas en varias oportunidades por ellos durante los Comités de Dirección del área, que tenía lugar los días martes a partir de las 8:00 a.m. en la oficina de la dirección. (Descalificación, Temor)

Así las cosas tenemos, que frente al despido indirecto la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en la sentencia con radicado n.º 44057 de 2018, se ha pronunciado indicando que éste se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del C.S.T.; es decir, cuando expone al trabajador a condiciones en las cuales no puede continuar con el desarrollo del contrato de trabajo o cuando provoca su renuncia, y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del vínculo laboral para reclamar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a causas o motivos imputables al empleador:

“Para efecto de imponer esta condena, a más de las consideraciones expresadas en sede de casación, resulta pertinente recordar lo que de antaño ha adocinado esta Corporación en el sentido de que cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, tiene la carga de demostrar, además de la decisión de la renuncia motivada comunicada al empleador al momento de su retiro, los hechos en los cuales edificó su decisión. Ahora, si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde probarlos. Situación diferente acontece cuando el empleador es quien pone fin al vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador únicamente tiene el deber de probar el hecho del despido y al empleador las razones o motivos allí señalados.”

Realizadas las anteriores precisiones y descendiendo al asunto de marras, tenemos que la parte actora no cumplió con la carga de probar los motivos invocados en la carta de terminación del contrato de trabajo, por las razones que a continuación se enuncian:

- En el escrito de renuncia aduce que, de los malos tratos de los cuales fue objeto por parte del señor JAIME AUGUSTO OSORIO, se percataron sus compañeros de trabajo CAMILO CHARUM, PAULO FRANCO Y CLAUDIA LAYTON, durante los comité que se realizaban los días martes a partir de las 8:00 a.m. Afirmación que fue reiterada durante el interrogatorio absuelto ante el Juez de primera instancia, al señalar: *“inicialmente no era tan evidente, pero posteriormente se vino incrementando con el tema de regaños en público, él*

todo el tiempo estaba metido en Datacenter fiscalizando mi trabajo, cosa que actualmente no hace, después de haberme yo ido, no volvió hacer nunca más, en la reuniones me regañaba mucho en público, siempre me estaba diciendo que me iba a cortar la cabeza, que me iba a llevar a recurso humanos, en la reuniones lo decía, en los comités que el mismo señor Jorge Augusto Osorio menciono, los días martes a las 8 de la mañana delante del señor Camilo Charum, Paulo Franco, Claudia Lucia Layton, yo admiraba mucho al señor Osorio como profesional porque él es un profesional muy bueno y yo siempre la manifestaba que el a mí no me quería, que él quería mucho a su equipo pero que el a mí no me quería, y el siempre me decía, usted ya me tiene mamado con ese comentario, usted ya me tiene mamado diciéndome que yo a usted no la quiero; delante de los clientes, yo muchas veces, estaba en reunión con clientes y ese fue ya como el atenuante lo que explotó al final, el me llamaba y me gritaba terrible por teléfono, me descomponía terrible, yo estaba en reunión con los clientes, la última llamada de atención fue estando yo en reunión con el señor Oscar Hernán Chilito, gerente de DTI de inversiones del nordeste, y el grito que me pego y el regaño que me pego y ahí fue cuando me dijo que me iba a despedir y que el viernes siguiente lo íbamos a revisar con recurso humanos, porque ya estábamos en el proceso de evaluaciones de desempeño, yo le dije me vas despedir, me dijo lo revisamos con recursos humanos, cuando yo le dije que listo, que entonces lo revisábamos, cuando llegues a la oficina hablamos.”

- Mientras el señor JAIME OSORIO, en su interrogatorio, preciso que nunca tuvo una discusión con la demandante, además que en los comités de dirección tampoco le realizó llamados de atención, ni muchos menos se dirigió hacia ella en la forma como se manifiesta en la carta de renuncia: *“cuando hacemos los comité, los comités de dirección se hacen los martes, ahí se debaten los temas prioritarios relevantes y en ese comité se solicita a cada uno de los colaboradores para que a través de ellos y su equipo se pueda cumplir con los objetivos que tenemos, en ese comité se revisan los resultados y también, en ocasiones lo acostumbro a nivel personal que en equipo.”* Seguidamente expresó: *“no son llamados de atención, son temas que se ventilan en el interior de comité de dirección, los martes, de hecho el comité de dirección, está compuesto por las personas que le reportan a la dirección y ahí se ventilaban los temas que tenía cada una de las áreas y los objetivos que se debían lograr como dirección de ingeniería y atención del momento, normalmente mi costumbre no es hacer llamado en público, por el contrario lo hago siempre,*

trato de hacerlo siempre en privado, no recuerdo haberle hecho llamados de atención en público.”

- Luego de las manifestaciones realizadas por la demandante, es claro, según ella que los hostigamientos, malos tratos, persecución y discriminación, se realizaban delante de sus compañeros, sobre todo en los comités de dirección, mientras que el demandado Jaime Osorio, aduce que en público nunca impartió un llamado de atención, ni se presentó discusión alguna con la accionante, y a fin de determinar la verdadera situación, se escuchó al señor PAULO FRANCO Y CLAUDIA LAYTON, quienes estuvieron presentes en las reuniones a las que hace referencia la actora.
- La señora CLAUDIA LAYTON, que trabaja para la compañía demandada y quien fue compañera de trabajo de la señora LOPEZ CADENA, desde el 2015, expuso que el trato entre el señor OSORIO y la demandante, siempre fue normal: *“pues yo lo que podía ver en los comités de dirección que manteníamos semanalmente y pues digamos en reuniones o en situaciones así similares digamos que es una situación normal, de un empleado con su jefe y viceversa (...). Aunado a ello, indicó que nunca percibió una situación tensa entre las partes “la verdad nunca vi un trato grosero, ni de malas palabras, Jaime, es una persona muy humana y muy abierta, nunca lo he escuchado tratar mal a nadie, ni a mí tampoco, entonces era una relación normal, cordial, amable, dentro de la exigencia, normal de las funciones de los cargos, pero una relación total cordial, nunca vi nada fuera de esto que comento.”*
- Igual manifestación realizó PAULO FRANCO, quien también fue compañero de trabajo de la accionante y participó en los comités de dirección, que el trato entre la señora LOPEZ CADENA y el señor OSORIO, fue normal y formal: *“no, ósea, es decir, altercados no, yo creo que lo que, si veía básicamente una relación muy normal, es decir, cuando uno está en su día a día, puede tener efectivamente algunos días o situaciones complejas, pero que hubiera visto algún maltrato directo no”. Así mismo enunció: “nosotros teníamos un comité cada ocho días, un comité de dirección, efectivamente se veía todos los temas transversales de dirección, ahí no reuníamos los diferentes gerentes de área, y la jefaturas, con reporte directo a Jaime que era el director del área, cada ocho días veíamos y sincronizamos temas laborales (...)el trato yo lo veía normal dentro de lo laboral, es decir, efectivamente se revisaban indicadores*

para lo concerniente, solo los temas de datacenter, digamos en algunas situaciones se daban lineamientos pero todo dentro de lo normal, es decir, revisábamos efectivamente como iba el área, los problemas o los casos escalados, que teníamos, pues obviamente el área de datacenter, hacer crítica dentro del segmento, tenía un tema de operación fuerte con tema de escalamiento, con no se clientes, efectivamente digamos con cierta visibilidad se miraba efectivamente todo lo que era indicativos, pero pues todo dentro de lo normal.

- Así las cosas, de las declaraciones rendidas por lo anteriores testigos, quienes fueron llamados o solicitados por la misma demandante, no se puede corroborar las argumentaciones expuestas en la renuncia, por el contrario, de lo señalado por estos sujetos queda claro, que la relación laboral entre la demandante y su jefe, fue normal, sin ningún tipo de altercados, discusiones, malos tratos o groserías.
- Tampoco podemos derivar o probar lo enunciado en la carta de renuncia, del testimonio rendido por el señor WILLIAM HUMBERTO MUÑOZ, quien fue esposo de la accionante, en la medida que solo dio cuenta de unas llamadas que supuestamente realizaba el señor OSORIO, a su cónyuge los fines de semana, que le generaban presión y estrés, empero, nótese que este hecho no fue indicado en el escrito por medio del cual se terminó la relación de trabajo: *“los problemas, sé que era el jefe directo de ella en el momento, sé que los problemas eran caóticos, en razón de que los fines de semana que uno estaba compartiendo con ella y mis hijas , las llamadas eran continuas, cada vez que este señor llamaba, ella recibía las llamadas de trabajo, se sentía el desencajo que ella presentaba y los inconvenientes que presentaba con el señor, cada vez que terminaban de hablar porque ella se ponía triste, se ponía a veces a llorar, entonces uno veía que era caos o problemas que se estaban presentando con la parte que la estaba llamando, y uno le preguntaba qué está pasando, y me dice, ya se están pasando ya no aguanto más , no sé qué hacer que era lo que me contestaba ella, y en muchas ocasiones se ponía a llorar.”*
- Entre tanto el señor HENRY GAITAN GOMEZ, expresó que nunca presenció una discusión entre la señora LOPEZ CADENA y su jefe, solo llamados de atención: *“discusiones no Dr., lo que fui llamados de atención del ingeniero Jaime hacia la ingeniera Claudia (...) en el data center, la labor mía, era*

coordinar la operación , y cuando había algún inconveniente con un cliente, en lenguaje coloquial, un cliente se caía, o tenía un problema, pues inmediatamente había que subirlo y pues lo que yo veía en algunas ocasiones era que el ingeniero Jaime, se podía decir que, presionaba a través de la ingeniera Claudia y a ella misma en la necesidad de que el servicio se restableciera so pena de multas o cancelación del contrato para la empresa que yo representaba". Igualmente preciso que tan solo un día vio a la demandante salir de la oficina del señor Osorio llorando, pero desconoce la situación, al no presenciarla, ya que solo tuvo conocimiento de ello, porque la trabajadora le comentó *"antes de que la ingeniera Claudia se fuera a sus incapacidades, un día si hubo un inconveniente que ella salió llorando de la oficina de él, porque lo que me comento al pasar por mi oficina, era que le había dicho que la iban a despedir"*, es decir, este testigo tampoco demuestra lo narrado en el escrito de renuncia, pues del único altercado que da cuenta, es por comentarios efectuados por la propia demandante, mas no porque lo hubiese presenciado.

- Adicionalmente, se evidencia del acta de reunión n.º1-2017, realizada el 20 de febrero de 2017, que la demandante manifestó (folio 142): *"CLAUDIA LUCIA manifiesta que se encuentra muy cómoda con la reunión y el cierre de sus objetivos, manifiesta que quiere mucho a si jefe inmediato JAIME AUGUSTO OSORIO DIAZ, y siente que el acompañamiento de él ha sido el adecuado, así mismo le agradece el crecimiento personal y profesional que ha tenido con él, cuando lo conoció quería trabajar con él"*
- La accionante en su interrogatorio al preguntársele si realizó esa afirmación en dicha reunión manifestó: *"es cierto y quiero ampliar la respuesta, Dr., es cierto en la reunión yo me encontraba bajo efectos de medicina psiquiátrica, yo ya había empezado tratamiento, puesto que me encontraba bastante alterada, y bastante nerviosa, estresada, asustada, temerosa, yo le tenía mucho miedo a Jaime Augusto , me daba mucho pánico y me intimidaba muchísimo, en medio de la reunión, si tengo tres personas de recurso humanos, y a mi jefe encima, diciéndome usted, la comunicación, cumplí mis objetivos al 100% de lo numéricos, pero los objetivos no, la verdad es que le temor a perder mi empleo cualquiera acepta lo que sea."* Sin embargo, la accionante no probó que para ese momento que estuviese bajo efecto de medicamentos y que estos no le permitían tener conciencia de las afirmaciones o actuaciones realizadas,

máxime cuando las incapacidades en el año 2017, iniciaron el 23 de febrero (folio 144)

- Por otra parte, no entiende esta Sala de Decisión, cuando se presentaron los malos tratos, ya que según en la reunión efectuada el 20 de febrero de 2017, la demandante adujo que la relación con su jefe era adecuada y muy cómoda, en tanto para el 23 de febrero de 2017, empezaron sus incapacidades que se extendieron por todo el año 2017, hasta la fecha de su renuncia-26 de diciembre-, es decir, además de no probarse las razones advertidas en el escrito de renuncia, no se evidencia las fechas en que ello ocurrió lo que resultaba necesario, para determinar la inmediatez, entre los hechos que dieron lugar a la finalización del vínculo.
- Sobre la inmediatez la sala laboral de la Corte suprema de justicia señaló en la sentencia SL3108-2019:

“La regla de la inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción ante la misma, obliga al empleador a actuar con prontitud y celeridad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo. De no hacerlo en un tiempo razonable, se entiende que dispensó o perdonó la falta cometida por el trabajador. Por consiguiente, si luego de transcurrido este tiempo considerable desde la ocurrencia del hecho, el empleador decide dar por terminado el contrato de trabajo con base en aquel, es dable entender que su determinación obedeció a otro motivo y no a la comisión de la falta propiamente dicha. Es decir, la regla de la contemporaneidad evita que, bajo el pretexto de sancionar o castigar una falta pretérita, el empleador despida al trabajador por causas distintas.”

- A lo que debe agregarse que la misma demandante en su interrogatorio, adujo nunca haber presentado queja en contra de su jefe: *“porque a mí me daba miedo quedarme sin trabajo”*, solo se prueba que mediante correo de fecha 15 de septiembre de 2017, la señora LOPEZ CADENA, peticionó formato e información para presentar queja de acoso laboral, sin que se tenga certeza, se reitera, de cuando se presentaron dichas actuaciones, ya que la actora se encontraba incapacitada desde el 23 de febrero de 2017, y en fecha anterior, había indicado que la relación con su superior era normal.

De manera que, del análisis en conjunto y crítico de las pruebas documentales y testimoniales, para la Sala, no existe certeza de la ocurrencia de los hechos que afirma la señora CLAUDIA LUCIA LÓPEZ CADENA, que la condujeron a renunciar en forma motivada, por lo que se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020, por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310502320180068301)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad. 11001310502320180068301)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310502320180068301)