

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE LUZ AMPARO TORRES ZULUAGA CONTRA CECOLFES SAS -
CENTRO COLOMBIANO DE FERTILIDAD Y ESTERILIDAD SAS.*

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Luz Amparo Torres Zuluaga, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la sociedad Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad SAS - Cecolfes SAS, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1º de septiembre de 2005 y el 22 de noviembre de

2019, el cual fue simulado mediante un contrato de prestación de servicios, con fenecimiento por causa imputable al empleador. En consecuencia, reclama se condene al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones causadas durante la relación laboral. Asimismo, reclama se fulmine condena por concepto de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por terminación unilateral del contrato, se reconozcan los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en folios 11 al 16 de la carpeta 4 del expediente digital, en los que en síntesis indicó que; prestó sus servicios como médica anestesióloga en CECOLFES SAS, desde el 1º de septiembre de 2005 al 22 de noviembre de 2019, realizando valoraciones pre anestésicas y aplicación de anestesia, mediante contrato de trabajo a término indefinido; desempeñó sus funciones en las instalaciones de la demandada; no gozaba de autonomía técnica ni administrativa y tampoco podía prestar el servicio por intermedio de otras personas; debía estar disponible a cualquier requerimiento que efectuara el empleador; para prestar sus servicios utilizaba las herramientas, elementos y maquinarias de Cecolfes SAS; debía cumplir con el horario de trabajo, asignado por la clínica, quien a su vez, le asignaba los procedimientos, pacientes, y salas de atención de manera verbal, telefónica, por correo electrónico o mensaje de WhatsApp en los que se llevarían a cabo; que debía realizar procedimientos “de cortesía” sin previo aviso; el 7 de marzo de 2017 solicitó aclaración respecto a un procedimiento de cortesía y recibió la correspondiente respuesta; para ingresar y salir de la clínica, debía registrar su huella dactilar y cuando llegaba tarde el vigilante tomaba nota y le informaba a sus jefes; las órdenes eran impartidas de manera verbal; debía realizar los procedimientos anestésicos en los términos indicados por la empleadora y según protocolos, instrucciones y horarios; de la queja de acoso, se hizo seguimiento y se citó ante el Comité de Convivencia Laboral; el 21 de julio de 2017, le fue enviado por correo electrónico, contrato de prestación de servicios que regiría desde el 15 de enero de 2016, sin embargo, se negó a suscribir el documento; prestó sus servicios sin haber suscrito contrato de prestación de servicios y recibía el pago de su salario; la retribución era pagada mediante transferencia a su cuenta de ahorros; le eran efectuados exámenes médicos de rutina, era invitada a las fiestas de fin de año; estuvo vinculada por más de 14 años en una relación en la que se encuentran

acreditados los elementos del contrato de trabajo; se encontraba subordinada a Cecolfes S.A.S., al realizar procedimientos solicitados por sus jefes, recibía un salario, le impartían instrucciones para ejecutar el servicio contratado y utilizaba las herramientas, propiedad del empleador; el 22 de noviembre de 2019 decidió dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa atribuible a la empresa, al no reconocer la existencia del contrato de trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, se pronunció el extremo pasivo oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, las mismas carecen de fundamento fáctico y jurídico. Respecto a los hechos aceptó como cierto, que la empresa tuviera a disposición del personal médico unos casilleros para que depositaran sus objetos personales; los horarios de prestación de servicio eran fijados por la clínica, pues, al tratarse de tratamientos de fertilidad requieren tiempos específicos y de personal médico adicional; agregando que dio contestación a solicitud presentada por la actora; aceptó que para ingresar a Cecolfes se necesitaba hacer un registro biométrico y con ello, verificar situaciones que se puedan presentar con el personal asistente a la clínica; frente al presunto acoso laboral incoado, la empresa, decidió llamarla e informarle personalmente que no se podía dar trámite a la solicitud, al no encontrarse vinculada mediante contrato de trabajo con la empresa; el 21 de julio de 2017 remitió contrato de prestación de servicios a la doctora, con el fin de que esta lo revisara y lo firmara, pero esto último no ocurrió; la realización de exámenes médicos se presentó para tener control en relación con los profesionales contratados y la invitaban a las fiestas de fin de año como a todos los trabajadores y contratistas. Como medios de defensa propuso las de inexistencia de relación laboral, buena fe, inexistencia de la obligación - cobro de lo no debido, prescripción y la genérica (archivo 8).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 11 del expediente digital), en la que, se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en la demanda; condenó en costas al demandante y ordenó la consulta de la providencia en caso de que no fuese apelada.

Fundó su determinación en que, de las pruebas aportadas al plenario, se podía establecer que se encontraba acreditada la prestación del servicio con las certificaciones allegadas y la aceptación en este punto por la convocada a juicio; sin embargo, de la prueba testimonial recaudada se desvirtuó la presunción contenida en el artículo 24, al contar con autonomía e independencia ejercer su profesión de anestesióloga, en forma interrumpida; que el horario era variable, y que tampoco le fueron enviados memorandos o requerimientos con los que se pueda acreditar que estuviera bajo el mando de otra persona en la empresa, además que podía ser reemplazada por otro médico.

RECURSO DE APELACIÓN

Sienta su oposición frente a la sentencia de primera instancia, la parte actora, pues en su sentir, la demandante prestaba sus servicios en las instalaciones de Cecolfes, utilizaba las herramientas y máquinas suministradas por la convocada y se allegaron documentos en los que, se expuso su desacuerdo respecto a la maquinaria utilizada, debía atender urgencias, demostrándose la subordinación y por ende que, no tenía autonomía e independencia para desarrollar su labor; por otro lado, señaló que los procedimientos de cortesía realizados no le eran pagados a la actora ni le eran avisados; además, debía cumplir con los horarios impuestos por Cecolfes, de acuerdo a los procedimientos que ella misma agendara y en caso de que el paciente se demorara, ella debía esperarlo, agregando a su exposición que, para ingresar y salir de las instalaciones debía registrar su huella; por otro lado, que, a pesar de que podía designar a un tercero para que la reemplazara, esto ocurrió pocas veces; en el contrato suscrito entre las partes se estableció que la actora debía estar disponible, los días que se encontraba agendada, así fuera los domingos o los festivos y por ello, debía declararse la existencia de un contrato realidad y consecuentemente, ordenar el pago de las prestaciones reclamadas en el libelo genitor.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por la parte demandante al momento de sustentar el recurso de apelación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Insiste la parte demandante, a través de la alzada, que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1° de septiembre de 2005 y el 22 de noviembre de 2019, en el cargo de médica anestesióloga.

Para resolver lo pertinente, cumple recordar que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art. 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez la demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia del contrato de trabajo quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal. Sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC). Servicios personales que se tiene, de examinarse dentro del contexto del artículo 23 del CST, por ello la doctrina y la jurisprudencia estiman que una vez probado los servicios

personales el trabajador no tiene que acreditar los otros dos elementos que tipifican el contrato de trabajo; que es la temática que regula la ley sustantiva laboral. Dado que, por lo general, todo contrato de naturaleza civil o comercial, implica para el contratista la prestación personal de los servicios contratados (contrato de transporte, contrato de mandato, contrato de agencia comercial, entre otros) sin que pierda dicha naturaleza por la mentada presunción, por eso el juez debe ser exhaustivo al momento de la valoración de las pruebas. Obviamente, sin dejar de lado el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó en 1991 (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo.

Copia de extractos bancarios de la cuenta de la cual es titular la demandante en Bancolombia y en los que se puede visualizar unos pagos efectuados de la persona, denominada “DE PROV CECOLFES SAS”, por diferentes sumas de dinero, (folio 55 a 89 y 91). Igualmente, obra listado de rotación de anestesiólogos del año 2019, aportada a folio 92 del expediente, pedimentos e inquietudes suscritas por la demandante a Cecolfes S.A.S. (folio 93 a 94, 102 a 103, 130 a 132), fotografías (folio 104 a 107, 134 a 150), exámenes médicos efectuados a la doctora (folio 120), así como un plan diario de trabajo (folio 122 a 129).

Así mismo, se adosó al expediente digital, oficio del 19 de junio de 2018 (folio 109), en el que, la Directora Administrativa y la Directora de Calidad de Cecolfes, le solicitó a la aquí demandante;

“De acuerdo con el asunto en referencia, nos permitimos recordarle que los procedimientos de cirugía se programan a partir de las 7:00 am.

Queremos solicitarles que a partir de la fecha de cumplimiento a lo pactado con la organización que es llegar al procedimiento en la hora programada por el médico, con el fin de mejorar la oportunidad de atención a las pacientes brindando un mejor servicio, y así garantizar que los tratamientos de nuestras pacientes lleguen a buen término”

Militan en el plenario, certificaciones emitida por Cecolfes S.A.S., en julio y septiembre de 2019, en el que informa que la demandante presta sus servicios

profesionales como “anestesióloga” a pacientes de la institución desde el 2 de febrero de 2010, agregándose en el documento emitido en octubre de 2014, que “los pacientes cancelan directamente los servicios, en promedio son 20 pacientes al mes por valor de \$200.000 pesos cada uno” (folios 111 a 113).

También fue allegada solicitud de investigación presentada por la demandante, al considerar que está siendo víctima de acoso laboral, fechada del 14 de marzo de 2017, el trámite y la respuesta emitida por Cecolfes (folio 114 a 119).

Ahora bien, Luz Amparo Torres Zuluaga en interrogatorio de parte, informó que, empezó a trabajar con Cecolfes en el año 2005 como anestesióloga los días sábados y a partir del año 2008, reemplazó a la Doctora Suárez, los días martes, quedándose con estos días para trabajar; sin embargo, relevó a otros doctores los días lunes, miércoles y jueves; por ello, para noviembre de 2019, iba a la clínica los martes, miércoles, jueves y los sábados; que sus funciones estaban encaminadas a hacer valoraciones pre anestésicas en los horarios que CECOLFES citara a los pacientes; el día anterior a la consulta, le era remitida la programación y debía asistir en forma puntual, porque de no hacerlo, le llamaban la atención; agregó, que se quedaba en las instalaciones de la clínica hasta la hora que la requirieran; que el horario en el que prestaba sus servicios era “variable”, pues dependía de los procedimientos que se hubiesen asignado, aunque, por lo general, estos iniciaban a las 7 de la mañana y podía permanecer hasta el mediodía, 9, 10 o 11 de la mañana; desconoce el horario de funcionamiento o atención de la convocada; en la clínica prestaban sus servicios más anestesiólogos; que cuando ella no podía asistir a las consultas, la podía reemplazar otro especialista que prestara sus servicios en la misma institución y rara vez la reemplazaba persona ajena a este personal, quien de paso, debía conseguir ella misma.

A su turno, el representante legal de Cecolfes, informó que durante el tiempo que estuvo vigente el contrato entre las partes, la convocada fue la que suministró materiales y máquinas a la demandante para prestar sus servicios, además, que la programación era notificada el día anterior al Departamento de Anestesia, quien se encargaba de coordinar con los anestesiólogos y remitir la correspondiente programación, recordándose los procedimientos a practicar; que la actora no podía realizar valoraciones o procedimientos sin autorización de la institución; que respecto a los procedimientos de cortesía, informó que ello ocurría en forma esporádica, y que el registro de ingreso y salida con la huella dactilar era por

seguridad y control de las personas que estaban en las instalaciones; así mismo, que cada procedimiento tenía un protocolo diferente, el cual debía seguirse con el fin de evitar complicaciones.

Luisa Fernanda Sánchez Ricaurte trabajó con la demandante en Cecolfes, durante un año más o menos, dijo constarle que la doctora prestaba sus servicios como anestesióloga, dependiendo de la programación que tuviese la clínica; que cree recordar que prestaba sus servicios los martes y jueves, aunque a veces debía ir los sábados, y si tenía disponibilidad, la llamaban a cubrir a otra persona; que por lo general debían estar a las 7 de la mañana para iniciar la cirugía, y esta podía durar hasta el mediodía; que en ocasiones, después del procedimiento hacían valoraciones, y que, dependiendo de los días asignados a los anestesiólogos, ella misma se encargaba de agendar los procedimientos; que los equipos o herramientas con los cuales la doctora prestaba el servicio eran propiedad de Cecolfes.

Oscar Alonso Lombana Benjumea, médico ginecólogo, quien realiza operaciones quirúrgicas en Cecolfes, informó que la demandante se vinculó como en el 2005 o 2007 a la institución y asistía uno o dos días a la semana, cuando había intervenciones para suministrar la anestesia; que por regla general, los anestesiólogos escogían un día que tuviesen disponible para ir a la clínica a prestar sus servicios, y, hablando específicamente de la demandante, informó, que ella iba los martes y sábados, y cuando se presentaba algún inconveniente para asistir, ellos mismos se reemplazaban, u ocasionalmente se llevaba un médico externo, para que lo reemplazara, pero terminada la intervención, todos se podían ir; que debían asistir en un horario determinado, ya que la mayoría de los pacientes asistían a una fertilización in vitro y el procedimiento debía realizarse en forma puntual, con el fin de no estropear el tratamiento; que, por lo general estos especialistas prestan sus servicios en diversas clínicas y no era frecuente que se presentaran urgencias, pues al tratarse de una clínica de fertilidad, los pacientes estaban en condiciones óptimas de salud.

Hernando Manuel Torres Zuluaga, hermano de la demandante, informó que es médico cirujano y también prestó sus servicios a Cecolfes los días lunes, desde 2001 hasta 2014 o 2015 aproximadamente y en ocasiones otros días, reemplazando a otro médico que le pedía el favor; que su hermana empezó a trabajar con la demandada cuatro años después que él; que allí le asignaron los días martes, pero, con posterioridad, ella colaboraba en la clínica los días miércoles, jueves y sábados

y, ocasionalmente, cubría turnos los domingos, sin coincidir en ninguno de ellos; que Cecolfes tenía un listado de turnos de los anestesiólogos a la entrada de los quirófanos; además, les eran impuestos los protocolos o procedimientos; que el personal de vigilancia estaba pendiente de la llegada y salida de ellos, aunque después se implementó un sistema de huellas para vigilar los horarios; que supo que a su hermana le hicieron llamados en los que le manifestaban situaciones; que se realizaban cortesías por parte de la clínica; que diariamente hacían de 2 a 4 procedimientos y esperaban a que el paciente se recuperara y se iban; que la clínica no impedía que ellos prestaran sus servicios en otras instituciones y se reemplazaban en caso de ausencia entre ellos mismos.

María Mónica Espejo Velásquez, es instrumentadora quirúrgica y trabaja con la demandada desde el año 2018 y laboró con Luz Amparo, aproximadamente 6 meses o un año, que su colega iba a la clínica los martes y los sábados y cuando se programaban intervenciones, ella se quedaba hasta que el paciente estuviera estable y salía de la institución a las 9, 10 de la mañana, o al mediodía; los anestesiólogos tenían un coordinador, entre ellos, se elegía un día para ir y el día anterior al día de su asistencia, les remitían la programación de los procedimientos; cuando el médico no podía asistir el día correspondiente, un compañero que pudiera lo reemplazaba o en su defecto, iba alguien de afuera y lo cubría; por lo general, los especialistas, tienen compromisos en otras instituciones; agregando a su dicho, que se debían cumplir unos horarios con el fin de no perder un tratamiento.

Sandra Milena Tamara, es auxiliar de enfermería, trabajó en Cecolfes entre 2009 y 2019, aproximadamente, recuerda que los anestesiólogos no iban todos los días a la clínica, ya que tenían un día específico asignado, y cree que, Luz Amparo iba los martes y los sábados, dijo, que los procedimientos eran agendados por Cecolfes, recuerda que si les hacían llamados de atención escritos, pero no recuerda porqué, las herramientas de trabajo eran suministradas por la demandada, pero no sabe, si en caso de alguna eventualidad, ellos mismos se cubrían o cómo hacían; una vez terminado el procedimiento, si no se tenían valoraciones anestésicas, los médicos se podían ir.

Finalmente, Carlos José Forero Cruz, médico anestesiólogo, informó haber sido compañero de la demandante, y tener asignado los días viernes para ir a la Clínica, y ya con posterioridad, cambió por el día miércoles; cuando algún compañero no

puede asistir, el día programado, él si puede lo asiste, aclarando que, ellos solo van por el evento, cuando el paciente está en recuperación, ellos se retiran de la clínica; ellos tienen disponibilidad de asistencia, porque el tiempo podía variar, entre 1 o 4 horas, pero normalmente es en horas de la mañana, sin embargo, no es rígido el tiempo de permanencia, sino el procedimiento y en ocasiones, cuando no hay procedimientos, no los llaman y no van; quien suministra los medicamentos, equipos y herramientas para atender a los pacientes es la clínica

Así, con las pruebas antes referidas, es claro para la Sala que, a pesar de que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte de la promotora del litigio, dicho servicio, en realidad se dio en ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes (art. 2070 del CC). Nótese que los testigos recaudados en el devenir procesal fueron contestes en indicar que, Luz Amparo era médico anestesióloga, y tenía asignados unos días para prestar sus servicios, a partir de las 7: 00 a.m, en procedimientos, dado que, la clínica manejaba tratamientos de fertilidad, los cuales requerían de un cumplimiento de tiempos con el fin de no perder el proceso adelantado con la paciente, por lo que, estos eran programados por Cecolfes, dada el área de conocimiento o tratamiento ofrecida por la institución.

A su turno, la clínica no solo contaba con un médico anestesiólogo, pues, de la totalidad de declaraciones recaudadas, se puede concluir sin hesitación alguna, que cada día de la semana, se encontraba un médico especialista en dicha área, prestando sus servicios, y en caso de no tener pendiente ninguna atención, no debían asistir a la clínica; así mismo, ninguno de los testigos indicó que a la demandante le fue supervisado su trabajo por otra persona (sentencia SL4479-2020), ni que hubiera recibido órdenes de otra persona, simplemente, se le organizaba la agenda de pacientes que debían ser atendidos el día que iba a la clínica; como tampoco, que tuviera que prestar sus servicios en forma exclusiva a la demandada, por el contrario, coincidieron en afirmar que muchos de los especialistas prestaban sus servicios a terceros, y de tal situación, tenía conocimiento la clínica, quien no presentaba oposición alguna al respecto.

Además, la trabajadora debía tener disponibilidad únicamente el día que tenía asignado para atención de procedimientos o pacientes, pudiendo disponer libremente de su tiempo, y contrario a lo señalado por la activa sobre llamados de atención por llegar tarde, se encuentra que, con la documental acopiada a

folio 109 del expediente digital (archivo 4), y de acuerdo a lo expuesto por los testigos, se trataba de una exigencia que estaba acorde con la naturaleza de la labor contratada, puesto que, las intervenciones eran “delicadas” o se debían hacer de manera apremiante, por lo que, una vez finalizados estos procedimientos, el anestesiólogo se podía retirar de las instalaciones sin ningún tipo de restricción o inconveniente.

Por otro lado, tanto la demandante como los testigos fueron claros en indicar que, cuando el especialista no podía asistir el día que prestaba su servicio, podía ser reemplazado por un colega o por un tercero ajeno a la clínica, que incluso, ella misma podía buscar, con la única condición de que tuviera suficiente idoneidad para llevar a cabo la labor contratada; elemento que de por sí demuestra independencia o autonomía, en términos generales, en la ejecución de las tareas, en razón a que solo en el contrato de trabajo, ese tipo de búsqueda lo debe hacer exclusivamente el empleador, pues esa carga no se la puede imponer al dependiente, en cuanto la organización del trabajo es responsabilidad del empresario; si el reemplazo lo busca el mismo trabajador, o dispone de esa libertad, en criterio de la Sala, existe un indicio muy fuerte de la autonomía que desvirtúa la existencia del contrato de trabajo.

Sumado a esto, no se visualiza que a la actora le hubiesen impuesto sanciones en el interregno que prestó sus servicios a la demandada, como tampoco, que los servicios fueran prestados en forma continua, pues, a pesar de indicar en el interrogatorio de parte que iba casi todos los días de la semana, los testigos informaron que solamente eran dos días a la semana, y cuando no podía asistir, era reemplazada; luego, entonces, el servicio no tenía vocación de ser permanente, sino ocasional, es decir, otro indicio o elemento para descartar la existencia subordinada del vínculo contractual.

Respecto a la entrega o suministro de elementos de trabajo a la doctora Luz Amparo, debe indicarse que, por regla general, el contratista utiliza sus propias herramientas a la hora de prestar un servicio; sin embargo, ello no es óbice, para que, la contratante pueda suministrar tales elementos, con el fin de que sea ejecutada la labor encomendada de forma idónea, sin que se transgreda el vínculo que ata a las partes; teniéndose en cuenta en este aspecto, que la doctora es médico anestesiólogo y para desplegar su labor, necesita que le sean suministrados medicamentos y equipos propios o necesarios para ello, dada la

naturaleza del objeto o actividad empresarial ejercitada por la pasiva, sin que se haya demostrado una supresión o limitación tal, por el hecho de suministrarse tales materiales (sentencia SL4347-2020).

De otro lado, si bien la demandante debía seguir unos protocolos de salubridad, unas directrices o instrucciones dadas por la accionada como se desprende de las exposiciones dadas por los declarantes, ello per se no es indicativo de la subordinación propia que caracteriza el contrato de trabajo, puesto que todo contrato lleva implícito el que el contratante dé instrucciones de la forma como se debe ejecutar la actividad o labor, y no quede al arbitrio del contratista, por ser un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, por lo tanto de carácter bilateral y conmutativo (arts. 1495, 1496 y 1498 del CC), por eso la subordinación que configura el contrato de trabajo es la subordinación jurídica, entendida como el poder de disposición de la energía de trabajo, lo que significa que el empleador se encuentra, en todo momento, en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo del empleado, según convenga a los fines de la empresa, y de éste del deber correlativo a acatarla.

Sobre este punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esas condiciones contractuales -de sujetarse a unas precisas instrucciones y directrices-, son normales o esenciales en el desarrollo de varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial del trabajo, pues ellas no comportan la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que constituyen el resultado del cumplimiento del objeto del vínculo jurídico que unió a las partes (sentencia de 24 enero 2012, radicado 40121, reiterada en la del 19 de julio de 2016, con radicación 46874). Adicionalmente, en sentencia del 16 de junio de 1973, adoctrino lo siguiente:

“Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, que es lo que diferencia el laboral de otros similares. Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas”.

Establecidas, así las cosas, y ante la inexistencia del elemento principal para la determinación de un vínculo de naturaleza laboral, es que la Sala concluye que la decisión de primer grado debe ser confirmada. Por último, si se aceptara que en el sub lite se dio la presunción del artículo 24 del CST, ésta fue desvirtuada por la demandada con las pruebas atrás examinadas que confluyen a dar certeza

que los servicios ejecutados por la demandante fueron en desarrollo del contrato de prestación de servicios y no de un contrato de trabajo.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Las costas de las instancia estarán a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE SANDRA MARINA SERRATO CORREDOR CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por la demandante, Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Sandra Marina Serrato Corredor, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir S.A, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones el 100% de las comisiones facturadas y descontadas por la AFP; de igual forma se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el total de los recursos administrados, sin descontar comisión alguna; y Colpensiones, la orden de validar la historia laboral y el total de semanas cotizadas. Se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. De manera subsidiaria, se declare que Porvenir S.A., está obligada a conceder el término de retracto, habilitando la posibilidad de traslado al RPMPD; así como de devolver a Colpensiones el total de los recursos administrados en la cuenta de ahorro individual.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 6 de diciembre de 1964; cotizó 595 semanas al RPMPD antes de trasladarse; se trasladó a la AFP Porvenir SA a partir del 1° de octubre de 1996, con un total de 903 semanas; acumula un total de 1.415 semanas cotizadas en el sistema integral de seguridad social; el asesor comercial le informó que podía pensionarse a cualquier edad, sin brindar ningún tipo de asesoría sobre las modalidades y requisitos para pensionarse o efectuar una proyección pensional; presentó reclamación ante Colpensiones solicitando el traslado pero obtuvo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 05 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las cotizaciones efectuadas en el RPMPD, su traslado a Porvenir SA, la reclamación presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL-373 del 2021; el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe; no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 04 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 13 del expediente digital), en la que declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, compensación, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, cobro de lo no debido y prescripción. Declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, y que Colpensiones tiene la obligación de validar su retorno sin solución de continuidad. Ordenó a Porvenir SA trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la vinculación, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos y rendimientos, debiendo devolver los gastos y comisiones de administración descontados, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades. Ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de fondos, y convalidarlos en su historia laboral. Se abstuvo de resolver el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, sin embargo, ordenó a Colpensiones que, una vez se materialice el retorno de la promotora de la litis, y se devuelvan todos los aportes a cargo de Porvenir SA, proceda a estudiar el derecho pensional reclamado: Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones formuladas; pero les impuso las costas de la instancia.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, la parte actora y las demandadas interpusieron el recurso de apelación, así: el extremo demandante insistió en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, dado que, cumple con los requisitos para acceder a dicha prestación, aunado a que, se deben reconocer las mesadas pensionales retroactivas.

Porvenir S.A. argumentó que no es posible devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales de forma indexada, por constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y, en todo caso, esos valores se usaran en la contratación de terceros para garantizar las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Colpensiones solicitó que se le absuelva de la condena en costas, ya que es un tercero de buena fe, que no participó en el acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFP. Dijo que la actora se encuentra dentro de la limitante de edad para el traslado de régimen pensional, y que, en todo caso, como la demandante llevó a cabo un traslado totalmente legal al RAIS, éste resulta válido.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su respectivo recurso, además de indicar, que el traslado se dio de manera libre y voluntaria, sin existir vicio de consentimiento que dejara sin efecto la afiliación.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen, pero, enfatizando que es viable el reconocimiento pensional.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la parte demandante y las demandadas Porvenir SA y Colpensiones al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la entidad pública.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que la misma no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por cuanto es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, en tanto nació el 6 de diciembre de 1964, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 02 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado a partir del 1° de octubre de 1996, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, o cuando no se acreditan los presupuestos jurisprudenciales para el traslado de régimen en cualquier tiempo, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

En una parte de la impugnación de Colpensiones, se alcanzó a mencionar que el traslado de la accionante era válido, dando a entender que no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia de ese acto; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades planteadas sobre la

procedencia de la indexación respecto de la incompatibilidad de la indexación de las sumas, y la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes de la cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir S.A. frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordenó la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la

necesidad de traerlos a valor presente; además, este mismo fenómeno se aplica, si los aportes se ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

PENSIÓN DE VEJEZ

En cuanto a la prestación pensional reclamada, lo cierto es que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, ésta conlleva a que sea Colpensiones la administradora obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez, sin que pueda aducirse que, por el hecho de que no se ha materializado la devolución de todos los dineros que aparecen en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, no sea posible analizar y reconocer ese derecho, pues, ese aspecto hace parte de la financiación de la prestación, lo cual no impide verificar la

causación del derecho, en cuanto éste depende del número de semanas cotizadas o prestación de servicios y la edad correspondiente, aspectos que se pueden verificar de la historia laboral en ambos regímenes, lo cual no cambia por el hecho de que en uno y otro se hayan hecho los aportes pertinentes y su distribución, dado que, las semanas cotizadas son únicas y permanecen vigentes por todo el tiempo. Eso no significa que el reconocimiento de la pensión a cargo del ente público se vea desfinanciada, pues, es claro que la declaratoria de la ineficacia, ordena de manera imperativa a la AFP accionada, la devolución de los respectivos recursos, y con ello quedará conformado el capital que ayude a contribuir en el fondo común ese sostenimiento.

En este orden, al haberse declarado la ineficacia del traslado al RAIS, conduce a que sea Colpensiones la administradora obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez impetrada. Así, lo primero que debe decirse, es que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que, según la copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía (páginas 31 a 33 del archivo 02 del expediente digital) se constata que nació 6 de diciembre de 1964, por lo que, contaba con 30 años a la entrada en vigencia de la referida normativa, y 550,29 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 (página 34 ibíd., historia laboral expedida por Colpensiones al 28 de octubre de 2019).

Así las cosas, el régimen pensional que rige la prestación de la demandante es la Ley 100 de 1993, por lo que, para acceder al derecho pensional pretendido requiere 1300 semanas y 57 años de edad, presupuestos que se encuentran acreditados, dado que, a la edad mínima requerida, la cual arribó en el 2021, momento para el cual también contaba con más de 1300 semanas aportadas al sistema, pues, acorde con el certificado del 7 de octubre de 2020, expedido por Porvenir, da cuenta de 903 semanas a esa calenda en el RAIS, que sumadas a las acumuladas en el RPMPD, arroja un total de 1498 semanas.

De otra parte, para el pago de la prestación, se requiere dar cumplimiento a lo previsto en los artículo 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de igual anualidad, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, relacionado con la desafiliación y retiro del sistema, que en el asunto, se desconoce con certeza si ello se produjo, puesto que con la demanda se indicó que

2020 acumulaba unas semanas de cotización, pero la pasiva AFP Porvenir, aportó un acumulado a noviembre de 2021, es decir, que no se demuestra que efectivamente la demandante se haya retirado del sistema y del servicio, presupuestos que, se insiste, resultan fundamentales para que proceda el pago de la prestación.

Por tal razón, lo viable es ordenarle a Colpensiones reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez, una vez acredite o hubiese acreditado el retiro del servicio y del Sistema General de Pensiones, y que la norma regulatoria del IBL y los factores salariales de su prestación, se encuentran en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, acudiendo al promedio de lo cotizado durante los diez últimos años o el de toda la vida, si este le resultare superior, puesto que quedó acreditado que la demandante cuenta con más de las 1250 semanas de cotización y, como existen cotizaciones con posterioridad a la fecha en que se cumplieron los requisitos mínimos, lo cual implica un intento de mejorar la prestación, para dicha liquidación se tendrá en cuenta hasta la última cotización. Así mismo, la prestación se reconocerá con 13 mesadas al año, ya que la pensión se causó con posterioridad al límite temporal previsto en el parágrafo 6º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005.

Cabe precisar que, en caso de que el retiro del sistema se acredite en tiempo diferente y haya lugar a algún retroactivo, como en el asunto no se pidió el reconocimiento de intereses moratorios, será procedente que esas mesadas acumuladas se reconozcan indexadas a la fecha del pago efectivo, porque, es lógico que, si la prestación se generó en tiempo anterior, al momento de su satisfacción, por cuenta del fenómeno inflacionario, la acreencia estará devaluada, y por ello, su debida corrección. Pero, si el retiro del sistema no se ha generado, Colpensiones no tendrá que asumir indexación alguna, ni mucho menos intereses.

Por las resultas del proceso, la Sala se releva del estudio de las súplicas subsidiarias, lo mismo que las demás excepciones propuestas quedan resueltas.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, y en lo que hace a Colpensiones, en sentir de la mayoría de la sala se revocarán esencialmente porque dicha entidad no participó en el negocio jurídico de traslado de régimen pensional, por lo que no puede imponer dicha obligación. Sin embargo, el Magistrado sustanciador se aparta de dicho criterio, puesto que a lo largo del proceso Colpensiones ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

De no atender lo precedente, comporta el desconocimiento del principio de igualdad procesal de las partes. En todo caso, como se dijo, por mayoría se revocará la condena de la primera instancia contra Colpensiones. Y en esta instancia, igualmente por mayoría, como quiera que el reconocimiento pensional es

consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, además, como se efectuó el estudio en el grado jurisdiccional en favor de Colpensiones en aquellos puntos que podrían afectarla, se le releva de las costas, no así a la recurrente Porvenir SA, dado que su alzada se resolvió de manera desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en esta providencia, conforme a lo considerado.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Tercero.- *Revocar el ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en su lugar, condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante, a partir del día siguiente a la constatación del efectivo retiro del servicio y del sistema de seguridad social en pensiones, con las previsiones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

Cuarto.- *Revocar parcialmente el ordinal octavo de la sentencia de primera instancia, para absolver exclusivamente a Colpensiones de las costas.*

Quinto.- *Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.*

Sexto.- *Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Salvo voto parcial


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE CLAUDIA JIMENA PERALTA ÁLVAREZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA*

*En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente
en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de
los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

*Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se
identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como
apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones,
en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2023, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a la entidad.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Claudia Jimena Peralta Álvarez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se ordene a Protección SA trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos desde julio de 1996 hasta la fecha, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y rendimientos causados. Asimismo, se condene al pago de costas procesales, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 31 de mayo de 1974; se afilió al ISS desde julio de 1996; ha cotizado más de 1.125 semanas; el 17 de septiembre de 2001 se trasladó a la AFP Santander, hoy Protección SA; la afiliación se dio de manera irregular, ya que, no se brindó información completa, comprensible y necesaria; solicitó ante Protección SA, la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS; en similares términos, solicitó la nulidad de traslado a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa por parte de ambas entidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la solicitud presentada y su respuesta

negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, y la genérica.

Protección SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 12 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas en el sistema de seguridad social integral en pensiones, la afiliación a esa AFP, la solicitud presentada y su respuesta desfavorable; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; aplicación del precedente sobre los “actos de relacionamiento” al caso concreto, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 20 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, efectuado el 17 de septiembre de 2001. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la accionante. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, debidamente indexados, sumas adicionales con sus respectivos intereses y rendimientos; debiendo Colpensiones aceptar dichos valores y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora; condenando en costas a Protección SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que la actora manera voluntaria y libre se trasladó del RPMPD al RAIS. Agregó, que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado; aunado a que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación; además de indicar que no se logró observar vicio del consentimiento que oficiara la declaratoria de ineficacia.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que la misma no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por cuanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 48 años de edad, en tanto nació el 31 de mayo de 1974, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 02 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 17 de septiembre de 2001, con destino a la AFP Santander, hoy Protección SA; diferente a la procedencia del traslado de

régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones indicó que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP Protección SA en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la inconformidad sobre la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, y la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada, en cuanto la orden de la primera instancia no fue precisa. En tal sentido, se deberá condenar a Protección SA a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes de la cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria

de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de su recurso, se les impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones, siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y

comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios*

recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Protección SA el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Tercero.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

*TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL*

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO
ORDINARIO LABORAL DE MARTHA PATRICIA OTÁLORA RAMÍREZ CONTRA
COMUNICACIÓN CELULAR SA-COMCEL SA*

*En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo de dos mil veintitrés (2023),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo
la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de
Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la
sentencia del 16 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral
Circuito de esta ciudad, en el asunto de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Martha Patricia Otálora Ramírez, por intermedio de apoderado judicial,
demandó a Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A., con el fin que se declare la
existencia de un contrato de trabajo, entre el 13 de diciembre de 2004 y el 2 de
diciembre de 2019, de la misma manera de declare que el contrato de trabajo*

entre las partes terminó por decisión unilateral y sin justa causa comprobada por parte de la demandada. En consecuencia, se condene a Comcel a pagar a la actora la suma de \$962.084.078 por concepto de indemnización por despido, de conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, al pago equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de resarcimiento de los perjuicios morales causados con ocasión del despido, sumas que deberán ser indexadas debidamente a la fecha de su pago efectivo, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, más el pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos relacionados en el archivo 2 del expediente digital, en los que en síntesis sé indico que: celebró un contrato de trabajo a término indefinido con COMCEL SA como especialista comercial negocios desde el 13 de diciembre de 2004 hasta el 2 de diciembre de 2019; el último salario promedio mensual que devengo la actora en el último año de servicios ascendió a la suma de \$6.020.004; que COMCEL tomó como base para liquidar las vacaciones a la finalización del contrato la suma indicada anteriormente; el 18 de noviembre de 2019 Comcel le informa a la demandante que se había iniciado formalmente un proceso disciplinario en su contra con fundamento a los presuntos incumplimientos a sus obligaciones laborales; por lo anterior COMCEL la citó a una diligencia de descargos el día 20 de noviembre de 2019, donde asistieron los testigos Andrés Leo y Andrés Murillo; el 2 de diciembre de 2019 se le informó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo por justa causa, por incumplimiento con las obligaciones contenidas en el numeral 1° del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, en consonancia con el numeral 1° del artículo 42 del Reglamento Interno de Trabajo; no hubo inmediatez por parte del empleador en el despido de la actora; que no cometió ninguna de las conductas que COMCEL le imputó en la carta de despido; las conductas imputadas por el empleador no configuran justa causa de despido; durante toda la relación laboral COMCEL como empleadora nunca hizo llamados de atención o le impuso sanciones por el cumplimiento de sus obligaciones; que no tenía asignada la atención de TMC desde junio de 2019; COMCEL no ha pagado la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, se pronunció el extremo pasivo, aceptando que fuera declarada la existencia del contrato de trabajo y oponiéndose a la prosperidad de las restantes pretensiones, al estimar que, el contrato feneció con justa causa, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en comunicación del 2 de diciembre de 2019. En cuanto a los hechos, adujo que era cierto que entre las partes había existido un contrato de trabajo a término indefinido entre el 13 de diciembre de 2004 y el 2 de diciembre de 2019 y el último cargo desempeñado, fue el de especialista comercial de negocios y para liquidar la compensación de las vacaciones tomó como salario la suma de \$6.020.004, además que, la diligencia de descargos se llevó a cabo el 20 de noviembre de 2019 y el 2 de diciembre de 2019 se informó a la demandante de la terminación del contrato de trabajo con justa causa. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, inexistencia de obligaciones indemnizatorias, cobro de lo no debido, compensación y pago, falta de causa, buena fe y prescripción.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 23 del expediente digital), en la que se declaró que entre Martha Patricia Otálora Ramírez y Comunicación Celular SA- COMCEL SA existió un contrato de trabajo entre el 13 de diciembre de 2004 y el 2 de diciembre de 2019, donde la demandante se desempeñó como especialista comercial del negocio y devengó como salario la suma de \$6.213.585 y consecuentemente, ordenó el reconocimiento y pago de \$64.062.061 de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada; absolvió de las demás pretensiones; declaró no probada la excepción de prescripción y probada parcialmente la de inexistencia del derecho respecto de los perjuicios morales; condenó en costas a la demandada.

Fundó su decisión en que, el contrato de trabajo feneció por decisión del empleador, conforme a los motivos expuestos en la carta de terminación del

contrato, sin advertirse inmediatez en el despido, al fundarse la decisión en una solicitud de cambio de cargo presentada en una reunión celebrada en septiembre de 2016, sin que se acredite la investigación adelantada con el fin de establecer la responsabilidad del empleado; que no era viable argumentar situaciones diferentes a las expuestas en la carta de terminación del contrato, tal como la solicitud de cambio de la empleada presentada en septiembre de 2019, tampoco se acreditaron los requerimientos efectuados por los aliados de la empresa.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandadas interpusieron recurso de apelación:

La parte actora sentó su oposición, frente a la absolución de los perjuicios morales, al estimar que, se causó un daño moral a la demandante, al terminarse el contrato en forma abrupta sin tener en cuenta el tiempo de servicio prestado.

Por su parte, COMCEL S.A., argumentó encontrarse en desacuerdo con el salario establecido por el juzgado para liquidar la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, teniendo en cuenta que, de acuerdo al material probatorio, se podía establecer que el salario de la demandante varió durante el último año de servicios y este es inferior al tenido en cuenta a la hora de reconocer la condena; en segundo lugar, la indebida valoración de la prueba documental, el interrogatorio de parte, en el que la demandante confesó sobre las faltas endilgadas, y la prueba testimonial, con la cual se podía concluir que las conductas endilgadas a la trabajadora ocurrieron en septiembre de 2019 y por error de digitación en la carta de terminación del contrato se registró el año 2016, existiendo inmediatez en la terminación del contrato; en tercer lugar, indicó que se encuentran demostrados los hechos expuestos en la carta de terminación del contrato de trabajo, al aceptar la actora en la diligencia de descargos que había “soltado” el proceso con el cliente de la empresa, y en tal sentido, se debía revocar la sentencia e imponer condena en costas a la parte actora.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las partes al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación.

NEXO LABORAL - TERMINACIÓN DEL CONTRATO

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo de trabajo a término indefinido entre el 13 de diciembre de 2004 hasta el 2 de diciembre de 2019, tal y como se establece con el contrato de trabajo, la carta de terminación del contrato, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, adicionalmente, tales aspectos fueron aceptados por la demandada al momento de contestar el libelo genitor, supuestos fácticos establecidos en primera instancia, que no son objeto de reproche en esta instancia (folio 43, 65 y 43 de los archivos 3 y 11 del expediente digital).

La disputa se suscita, en primer lugar, frente a los hechos endilgados en la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, si se encuentran acreditados en el presente proceso y si constituyen justa causa para dar por terminado el vínculo. Cumple, entonces, precisar que se encuentra acreditado el hecho del despido, por manera que es carga procesal del empleador demostrar la justeza del mismo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.

Pues bien, en el caso de autos, la determinación de Comunicaciones Celular S.A. COMCEL de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada a la actora mediante carta fechada 2 de diciembre de 2019; allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes:

“Por medio de la presente me permito informarle la decisión de la Compañía de terminar su contrato de trabajo de forma unilateral con justa causa, finalización que se hará efectiva a partir del día dos (02) de diciembre del dos mil diecinueve (2019), fundamentada en los siguientes graves hechos que a continuación se relatan y que motivan esta decisión:

La compañía tuvo conocimiento en que, durante la ejecución de su labor, Usted incumplió con sus obligaciones laborales contenidas en el numeral 1ª del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con lo establecido en el numeral 1ª del artículo 42 del Reglamento interno de Trabajo vigente al haber generado que se presentara la siguiente situación:

- El pasado 16 de septiembre del año 2016, en reunión con el Agente ICELL sobre el Nuevo Plan de Compensación de Pagos del Segmento, el Gerente General de este agente, Alejandro Urdaneta, solicitó que se hiciera el cambio de la persona que desempeñaba su cargo para este agente, teniendo en cuenta que los vendedores le habían informado de las siguientes situaciones: que usted no contestaba el teléfono, que no sentían su apoyo, que en ocasiones usted se encontraba de mal genio para atender sus requerimientos y, además, que desconocía la metodología para desempeñar su rol.*
- De la misma manera, mediante correo electrónico recibido el día 20 de septiembre de 2019, la señora Ángela María Garay Ardila, Gerente regional del agente, reconfirma lo anteriormente mencionado.*
- En consonancia con lo anterior, mediante correo electrónico recibido el día 24 de septiembre de 2019, la señora Sandra Marcela Reyes, Representante Legal de TMC, también solicita el cambio de la persona que desempeña su cargo.*

Los hechos anteriormente relacionados, fueron objeto de investigación disciplinaria mediante diligencia de descargos celebrada el día veinte (20) de noviembre de 2019, oportunidad en la que se le presentaron todas y cada una de las pruebas allegadas al proceso, de tal manera que usted no solo tuvo oportunidad de controvertir las mismas, sino de también allegar los elementos que considerara para su defensa, por lo que la Compañía le permitió manifestarse al respecto en ejercicio y garantía plena de su derecho a la defensa y al debido proceso: recordándole que dentro del proceso disciplinario se tuvieron en cuenta las siguientes pruebas...”

Corresponde, entonces, entrar a determinar si la accionada, a quien le correspondía el deber de probar las justas causas que alegó en su oportunidad para romper el nexo laboral, cumplió con su carga procesal, esto es, establecer que los hechos esgrimidos en la comunicación del despido ciertamente tuvieron ocurrencia y con ellos se infringieron disposiciones legales o contractuales.

En este orden, verifica la Sala que fue aportado copia de la citación a descargos, debido a la solicitud de cambio de agente comercial presentado por la empresa ICELL, por cuanto, la asesora comercial, no contestaba el teléfono, al no sentir apoyo, el mal genio y el desconocimiento de la metodología de su rol (folio 57 y 36, archivo 3 y 11); copia del acta de descargos llevada a cabo el 20 de noviembre de 2019, en el que al ser interrogada sobre el cambio de agente comercial presentado, informó que, en

promedio duró trabajando bien un año y medio con TMC, pero empezó a soltar el proceso y fue cuando tuvo problemas con los distribuidores de la empresa, al recibir solicitudes de cinco empleados de la empresa, en forma simultánea y no poderlas atender al tiempo, por ello, dejó de trabajar con dicha compañía en abril de 2019; agregando a su dicho que, recibió ICELL, por tres meses, pero a Alejandro (representante legal de la empresa) no le gustó la metodología de su trabajo y por eso solicitó su cambio.

*Del contrato de trabajo suscrito por las partes, se tienen plasmadas como justas causas para terminar el contrato, las contenidas en Decreto 2351 de 1965 y otras faltas adicionales, que se estipularon en la cláusula 2° del aludido documento; sin embargo, tal contrato fue objeto de modificaciones, teniendo en cuenta el cambio de cargo, de la trabajadora, nótese que, para el año 2011, Martha Otálora fue designada en el cargo de Consultor de Servicio Especializado a Clientes (folio 45, archivo 11), por ello, se suscribió otrosí el 1 de junio de 2011 (folio 45, archivo 11), en el que, se registraron obligaciones adicionales a la trabajadora “Teniendo en cuenta que el TRABAJADOR desempeña sus servicios en el cargo de CONSULTOR DE SERVICIO PERSONALIZADO A CLIENTES, las partes de manera expresa acuerdan como parte de sus obligaciones laborales, que el **TRABAJADOR** deberá actuar con especial diligencia y cuidado en la atención a los usuarios, garantizando un trato de calidad, dando solución en línea de las solicitudes presentadas por los usuarios de los servicios ofrecidos por el EMPLEADOR, teniendo en cuenta que el incumplimiento de esta obligación acarrea graves perjuicios comerciales y económicos al EMPLEADOR, e implica la configuración de una falta grave a las obligaciones del TRABAJADOR, sin perjuicio de las demás acciones que pueda adelantar el EMPLEADOR”, a renglón seguido, se estipularon como causales especiales de terminación del contrato, además de las contempladas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 2351 de 1965, las siguientes:*

- “1. Incumplimiento en las metas mínimas establecidas por el EMPLEADOR mes a mes en temas de retención, cambios de plan Up y DownGrade, ventas, tiempos de atención, solución en el primer contacto.*
- 2. Incumplimiento del protocolo del servicio establecido por el EMPLEADOR.*
- 3. Falta de actitud de servicio y mal trato a los clientes del EMPLEADOR”*

Al absolver interrogatorio de parte, Martha Patricia Otálora, indicó que, estuvo trabajando desde el año 2016 con TMC hasta abril de 2019 y a partir de junio de 2019 y hasta septiembre de la misma calenda trabajó con ICELL,

brindando acompañamiento y haciendo seguimiento a los aliados con el fin de hacerlos crecer, y que, tal acompañamiento debía ser permanente; que los empleados de TMC, la llamaban al tiempo, y por ello, no los podía atender a la vez, pero, una vez se desocupaba, devolvía las llamadas; que, en ocasiones no podía dar una respuesta inmediata al aliado, siendo consciente que, la demora podía afectar los presupuestos que le eran asignados, por eso, Sandra Reyes (representante legal de TMC), solicitó su cambio, al no agilizarse los tiempos de respuesta y la demora presentada en los trámites.

A su turno, la representante legal de Comcel informó que no había efectuado llamados de atención a la ex trabajadora, ya que se hizo fue un acercamiento, con el fin de mejorar su relación con los distribuidores que tenía asignados y se tenía contemplado en el Reglamento Interno de Trabajo, como falta grave el incumplimiento de instrucciones y procedimientos.

Luis Fernando Parra Beltrán, en calidad de gerente de negocios de Comcel, informó que, estaba bajo su responsabilidad asegurar el cumplimiento de la meta de ventas en forma mensual; en el caso de la demandante, ella tenía asignado unos agentes comerciales y centros de atención y venta, con el fin de que ellos, hicieran ventas y con ello, se beneficiaba la compañía; que en febrero de 2019 la representante legal de la empresa, TMC, solicitó el cambio de especialista (Martha), en forma verbal y en mayo se materializó tal pedimento, por ello, en el mismo mes le dieron un nuevo aliado, que era ICELL, con el cual trabajó desde junio hasta septiembre, cuando el cliente empezó a decir, que no quería continuar con la especialista asignada.

Por otra parte, se trajo al proceso copia del reglamento interno de trabajo (folios 52 a 70 del archivo 11) y en el artículo 42 enlistan las obligaciones especiales del trabajador “Realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos de este Reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta el Empleador o sus Representantes según el orden jerárquico establecido”.

También se arrimó al proceso, copia de los correos electrónicos remitidos el 20 de septiembre de 2019, por Ángela María Garay Ardila, en calidad de

Gerente Regional de Icell S.A., en el que solicitó a Claudia Merlo, que, “Según reunión sostenida en días pasados y por solicitud de la Gerencia General solicitamos a ustedes nos sea cambien (sic) la especialista asignada Martha Otalora” (folio 32) y el 24 de septiembre de 2019, la señora Sandra Marcela Reyes, remite a Claudia Merlo solicitud, (folio 33) “Referente al cambio de especialista en negocios en varias oportunidades te solicite me ayudaras mejorando los tiempos de respuesta y la disponibilidad del tiempo de la especialista asignada Martha Otalora (sic) al reunirme con mi equipo de trabajo y persistir en las demoras y falta de apoyo en la gestión comercial por parte de la especialista en el segmento negocios te solicitamos el cambio para lograr el resultado en ventas que el distribuidor necesita”.

Por lo tanto, una vez valoradas en conjunto las pruebas aportadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 del CPT y SS, se concluye que la empresa Comunicación Celular S.A. - Comcel no probó la ocurrencia de la causal invocada en la carta de terminación del contrato de trabajo. Resaltándose en este punto, que los hechos endilgados a la demandante tienen que ver con las presuntas demoras en el tiempo de servicio de dos clientes asignados (TMC e ICELL), además, del posible “mal genio” a la hora de atender a los clientes asignados; sin embargo, no se puede desconocer que, tanto la demandante, como Luis Fernando Parra Beltrán, testigo de la parte demandada, fueron contestes en informar que, la ex trabajadora trabajó con el cliente TMC hasta abril de 2019, y a partir de junio de la calenda en mención, se le asignó ICELL, luego entonces, resulta indiscutible, que la carta remitida el 24 de septiembre de 2019, por la señora Sandra Marcela Reyes, en calidad de representante de TMC (según el dicho de las partes), es totalmente desatinada, ya que, para septiembre, la señora Otálora no tenía asignado dicho cliente, al operar el cambio cinco meses antes.

Por otro lado, la comunicación remitida por Ángela María Garay Ardila en calidad de Gerente Regional de ICELL S.A., en la que solicitó el cambio de la demandante, en forma alguna adujo los motivos de inconformidad con el servicio prestado por ésta, y tampoco se pudieron auscultar en el trámite del proceso.

Finalmente, en lo tocante a la presunta solicitud verbal realizada por el Gerente de ICELL en septiembre del año 2016, en efecto, se verifica un error de digitación del año, pues, del interrogatorio de parte y la prueba testimonial recaudada, se concluye que para el año 2016, la señora Otálora no tenía a su cargo el manejo de dicho cliente (ICELL); sin embargo, tampoco se probó que, en efecto, tal situación haya acaecido.

Bajo los anteriores derroteros, se concluye que no se encuentran probadas las infracciones a las obligaciones de la trabajadora como erradamente lo señaló la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo, imponiéndose confirmar la decisión de primera instancia en este punto.

MONTO DEL SALARIO Y RELIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACIÓN

A efectos de determinar el ingreso base de liquidación para esta indemnización, que fue el punto de cuestionamiento por la pasiva, la Sala tendrá en cuenta el certificado de acumulados pagados a la empleada, el cual fue allegado con la contestación de la demanda, y en el que se verifica que, Martha Otálora entre diciembre de 2018 y diciembre de 2019 tenía un salario variable, por lo que, se dará aplicación a lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2882-2022, que remite a la sentencia SL5527-2018, bajo el entendido de que, para obtener el valor de esta indemnización en el caso de que se perciba ese tipo de remuneración, se debe promediar lo devengado mensualmente en el último año de servicios.

En cuanto a los factores, se computará el sueldo básico y comisiones, se reitera, de diciembre de 2018 a diciembre de 2019. No se tendrá en cuenta los valores por medios de transporte y auxilio de escolaridad, por cuanto, acorde con lo previsto en el artículo 127 y 128, del Código Sustantivo del Trabajo, los mismos no son factores salariales, además, en el litigio no se ha puesto en cuestionamiento su naturaleza.

Luego entonces, se procedió a realizar las operaciones aritméticas de rigor, teniendo en cuenta que para liquidar se aplica el artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, que, en cuanto a los

contratos a término indefinido, para aquellos trabajadores que devenguen menos de diez (10) smmlv, dispuso que se reconocerán por el primer año, treinta (30) días de salario, y por los años siguientes y fracción, veinte (20) días adicionales de salario.

<i>Mes</i>	<i>Salario Base</i>	<i>Comisiones</i>	<i>Total Salario</i>
<i>Diciembre 2018</i>	\$ 1.725.000,00	\$ 276.600,00	\$ 2.001.600,00
<i>Enero</i>	\$ 1.708.000,00	\$ 8.000.048,00	\$ 9.708.048,00
<i>Febrero</i>	\$ 1.830.000,00	\$ 6.467.400,00	\$ 8.297.400,00
<i>Marzo</i>	\$ 1.830.000,00	\$ 6.708.000,00	\$ 8.538.000,00
<i>Abril</i>	\$ 1.403.000,00	\$ 5.544.066,00	\$ 6.947.066,00
<i>Mayo</i>	\$ 1.220.000,00	\$ 3.985.020,00	\$ 5.205.020,00
<i>Junio</i>	\$ 830.000,00	\$ 3.404.886,00	\$ 4.234.886,00
<i>Julio</i>	\$ 1.830.000,00	\$ 2.641.865,00	\$ 4.471.865,00
<i>Agosto</i>	\$ 1.830.000,00	\$ 2.773.874,00	\$ 4.603.874,00
<i>Septiembre</i>	\$ 1.830.000,00	\$ 1.198.413,00	\$ 3.028.413,00
<i>Octubre</i>	\$ 1.830.000,00	\$ 2.279.880,00	\$ 4.109.880,00
<i>Noviembre</i>	\$ 1.830.000,00		\$ 1.830.000,00
<i>Diciembre 2019</i>	\$ 122.000,00		\$ 122.000,00
Total	\$ 19.818.000,00	\$ 43.280.052,00	\$ 63.098.052,00

En ese orden, la demandante devengó un salario promedio de \$5.258.171, mensuales y multiplicando dicho valor por 14 años, 11 meses, 2 semanas y 5 días, arroja como valor a pagar, la suma de \$54.227.322,⁷⁸; en tal sentido, se modificará la sentencia de primera instancia.

PERJUICIOS MORALES

En cuanto a la solicitud de pago de perjuicios planteada por el recurrente al sustentar su apelación, es de precisar que, el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la ley 789 de 2002, establece la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobado; sin embargo, explícitamente dice que “Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente”, por lo cual el juez puede reconocer una indemnización por el daño moral ocasionado por la terminación unilateral del contrato de trabajo.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14618-2014, consideró que “Es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que

este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial. (...) Es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente (...) El daño moral está sujeto al arbitrio judicial, dado que no es posible tarifar el dolor, la decepción, la tristeza, la impotencia y demás componentes propios del fuero interno del individuo".

Ahora bien, para la demostración del daño moral alegado por la demandante se requería aportar pruebas aptas y conducentes como bien lo dispone el artículo 167 del CGP, aplicable por integración en materia laboral, según lo dispone el artículo 145 CPT y SS, imponiendo de esta forma a las partes la obligación de probar los hechos en que se sustentan el derecho solicitado.

Al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia de vieja data ha señalado:

"Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: Onus probandi incumbi actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad judicial pueda calificarla" (Casación de 31 de mayo de 1947).

De acuerdo al caso que nos compete, en donde la actora alega que la terminación del contrato laboral de forma unilateral y sin justa causa le causó una aflicción moral profunda, la Sala al realizar el análisis del acervo probatorio que reposa en el plenario para determinar si, efectivamente, la actora comprobó el daño moral que alega, se observa que no existe prueba que soporte la alegación, en el entendido que no se probó que el despido tenía por objeto lesionar al trabajador, ni cuál fue ese daño moral, que llevara como consecuencia que no se pudiera ubicar laboralmente en otro sitio de trabajo, ni tampoco que le haya originado un grave detrimento patrimonial, bastando entonces las anteriores consideraciones para confirmar lo decidido en primera instancia; precisando que, en razón al rompimiento abrupto y sin justa causa del contrato fue que se impuso la indemnización tarifada por despido sin justa causa, que en su artículo 64 del CST, establece que dicha indemnización comprende "el lucro cesante y el daño emergente".

Por el resultado de los recursos no se impondrán costas en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Modificar el ordinal primero de la sentencia apelada, en el sentido de tener como salario devengado por la señora Martha Patricia Otálora Ramírez la suma de **\$5.258.171**.

Segundo. Modificar el ordinal segundo de la sentencia, en el sentido de condenar a Comunicaciones Celular S.A. - Comcel a pagar a la demandante Martha Patricia Otálora Ramírez, la suma de \$54.227.322,⁷⁸, por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa, debidamente indexada al momento de su pago.

Tercero.- Confirmar en lo demás, la sentencia objeto de reproche.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE JUAN RAMÓN CUELLAR RODRÍGUEZ CONTRA FLOTA HUILA S.A.,
BANCO DE BOGOTÁ, BANCO GNB SUDAMERIS Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES*

*En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de
Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes
demandadas, Flota Huila S.A. y Banco GNB Sudameris, y el grado jurisdiccional
de consulta a favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 11 de
agosto de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad
dentro del proceso de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Juan Ramón Cuellar Rodríguez, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la sociedad Flota Huila S.A., Banco de Bogotá, Banco GNB Sudameris y Colpensiones con el fin que se declare que es beneficiario del régimen de transición. Reclama se declare la existencia de un contrato de trabajo con el Banco de Bogotá, entre el 1° de febrero de 1962 y el 2 de diciembre de 1963, y consecuentemente, se ordene el pago del cálculo actuarial a favor de Colpensiones, respecto a los aportes dejados de realizar en dicho período de tiempo. En segundo lugar, reclama la existencia de un contrato de trabajo con el Banco GNB Sudameris entre el 9 de marzo de 1964 y el 1 de enero de 1967, reclamando el pago de aportes al sistema de seguridad social por dicho período de tiempo. En tercer lugar, reclama la existencia del contrato de trabajo con Flota Huila S.A., entre el 1° de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1985 y, consecuencial, pago del cálculo actuarial para dicho período. Finalmente, reclama el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 1 del archivo 1 del expediente digital, en los que, en síntesis, indica que; nació el 19 de diciembre de 1939 y cumplió 60 años de edad en 1999; para marzo de 1992 ya contaba con más de 1000 semanas de cotización; en Colpensiones se encuentran acreditadas 458,71 semanas; mediante Resolución 5415 del 26 de abril de 2000 Colpensiones le reconoció indemnización sustitutiva; solicitó la reliquidación de la indemnización y tal pedimento fue resuelto en forma favorable con Resolución GNR 11674 del 18 de enero de 2016; el 16 de junio de 2017 y 23 de marzo de 2021, pidió el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante la administradora de pensiones, con resolución desfavorable; Colpensiones le informó que, no se registraban aportes con el Banco de Bogotá, que la entidad brindó cobertura en el Departamento de Cundinamarca a partir de enero de 1967, pero no le resolvió la solicitud de pensión; trabajó en el Banco de Bogotá, desde el 1 de febrero de 1962 al 2 de diciembre de 1963 y no lo afilió y, por tanto, tampoco hizo aportes al sistema de seguridad social en pensiones; trabajó en el Banco GNB Sudameris entre el 9 de marzo de 1964 y el 1 de enero de 1967 y tampoco se efectuaron los aportes al sistema; laboró para Flota Huila entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1985 y, tampoco le fueron efectuados los pagos de seguridad social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, las convocadas a juicio se pronunciaron de la siguiente manera;

El Banco de Bogotá dio contestación en forma legal y oportuna, precisando que entre las partes existió el aludido vínculo laboral, pero desde el 1 de enero de 1962 hasta el 2 de diciembre de 1963 y la entidad siempre ha actuado dentro del marco legal (archivo 7 del expediente digital). Sobre los hechos manifestó que no le constan, y otros, que no eran ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones, falta de causa para pedir, excepción perentoria de pago y de prescripción, la innominada o genérica, cobro de lo no debido, y falta de título y causa.

A su turno, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, si bien el demandante era beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, no se acreditaron los requisitos contenidos en el Acuerdo 049 para acceder al reconocimiento pensional. Aceptó el hecho que el demandante hubiera nacido el 19 de diciembre de 1939 y, por tanto, cumplió los 60 años de edad en 1999; que la entidad le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión, la cual fue reliquidada y posteriormente, se niega un pedimento en igual sentido; adicionalmente, que le fue solicitada la pensión y está también fue resuelta en forma desfavorable y respecto a los demás hechos dijo que no eran ciertos. Propuso como medios exceptivos, los de inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad; inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación; buena fe, prescripción, compensación, innominada o genérica (archivo 6).

Flota Huila sentó su oposición frente a las pretensiones incoadas, arguyendo para tal efecto que, entre las partes no existió una relación laboral y por tanto, no tiene la empresa obligación alguna a pagar el cálculo actuarial reclamado. Como excepciones de fondo, propuso las que denominó, la genérica, inexistencia del contrato laboral y prescripción (archivo 11).

El Banco GNB Sudameris, respecto a las pretensiones dirigidas en su contra, informó que, entre las partes sí había existido un contrato de trabajo entre el 9 de marzo de 1964 y el 4 de octubre de 1967, pero hasta el 31 de diciembre de 1966, la empresa no estaba obligada a realizar afiliación y por ende aportes al sistema de seguridad social en pensiones, al no tener cobertura el Instituto de Seguros Sociales en el Departamento de Cundinamarca. Respecto a los hechos, dijo no constarle o no ser ciertos todos ellos. Formuló como excepciones las de, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado, prescripción y buena fe (archivo 12).

*Fue así como la parte actora **reformó** la demanda, en el sentido de indicar que, Flota Huila había sido constituida en la ciudad de Neiva en 1972 y, posteriormente, creó una agencia comercial en Bogotá, que se dedicaba al transporte de mercancías, en donde prestó sus servicios, sin embargo, la matrícula mercantil de la agencia fue cancelada en 1999. Adicionó el acápite de las pretensiones, en el sentido de solicitar se declare la existencia del contrato entre el demandante y Flota Huila S.A. - Agencia, entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1985; que Flota Huila es obligado solidario a pagar a favor del demandante el cálculo actuarial causado a su favor, ante Colpensiones y a su turno, la administradora debe emitir el respectivo cálculo actuarial (archivo 5).*

*El **Banco GNB Sudameris S.A.**, se pronunció respecto a la reforma, indicando que, era improcedente el pronunciamiento respecto a tales pretensiones, pues, las mismas están dirigidas contra una persona diferente a su representada y formuló los mismos medios exceptivos del escrito de contestación principal (archivo 14). **Flota Huila** se mantiene en su posición de negar el vínculo laboral con el demandante y respecto a los hechos indicó que, en su base de datos no contaba con información sobre la existencia de la referida agencia (archivo 15). El **Banco de Bogotá**, manifestó no constarle los hechos aducidos en la reforma a la demanda, al obedecer a un hecho propio de la actividad administrativa de Flota Huila y por tanto tampoco se oponía a que se declararan o reconocieran derechos reclamados a dicha empresa. A su turno **Colpensiones**, dijo que no le constaba ningún hecho, al no poderse atribuir a la entidad, además, que se atenía a lo que resultara demostrado en el proceso y no formuló excepciones.*

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 24 del expediente digital) en la que declaró la existencia del contrato de trabajo con Banco de Bogotá S.A., a partir del 1 de febrero de 1962 al 2 de diciembre de 1963; con Banco GNB Sudameris S.A., a partir del 9 de marzo de 1964 al 4 de octubre de 1967, y con Flota Huila S.A., a partir del 1º de enero de 1984 al 31 de diciembre de 1985.

Consecuencia de tal determinación, ordenó al Banco GNB Sudameris a pagar el cálculo actuarial por el período del 9 de marzo de 1964 al 31 de diciembre de 1966, al haber afiliado al actor a partir del 1º de enero de 1967 ante el Instituto de Seguros Sociales y al Banco de Bogotá y Flota Huila, ordenó el pago de los aportes de la vigencia del contrato declarado; condenó al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, a partir del 19 de diciembre de 1999, en cuantía de \$387.956, por catorce mesadas pensionales, junto con los reajustes anuales, precisando, que el valor de la pensión para el año 2018, equivalía a \$1.032.342; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto a las mesadas causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2018; autorizó a Colpensiones para descontar del retroactivo pensional del demandante, los aportes al sistema de salud y el valor de la indemnización sustitutiva reconocida, debidamente indexado; absolvió de las demás pretensiones; condenó en costas a las empresas convocadas.

Parra arribar a tal determinación, indicó que se encontraba acreditada la prestación del servicio del demandante a favor de los Bancos Bogotá, Sudameris y Flota Huila, con la prueba testimonial y certificación expedida a favor del accionante, por lo tanto, era viable ordenar el pago del cálculo actuarial en los períodos de tiempo reclamados en el libelo genitor; respecto a la certificación emitida por Flota Huila y la cual fue desconocida por la convocada a juicio, con la declaración de Roberto Quintero y Ricardo Vanegas, se desvirtuaba la oposición sentada frente al aludido documento; como se declaró la existencia de los contratos de trabajo, procedió a reconocer la pensión de vejez, de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para ello, los períodos laborados y no cotizados, el tiempo laborado en la Caja Agraria y los períodos cotizados a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Sienta su inconformidad el apoderado de Flota Huila S.A., respecto a la sentencia emitida, al considerar que la empresa no tuvo vínculo laboral alguno con el demandante, por ello, desconocía la certificación laboral aportada por aquél, dado que, ese documento fue emitido por una persona que nunca fungió como representante legal, ni como gerente o subgerente de la empresa, tal como lo certificó la Cámara de Comercio de Neiva; por otro lado, que los testigos de la parte demandante eran de oídas, quienes además expresaron extremos diferentes a los indicados en la demanda, por ello, su declaración no debía tenerse en cuenta para declarar una supuesta existencia del contrato de trabajo y, consecuentemente, la orden de pago de un cálculo actuarial.

Por su parte, el Banco GNB Sudameris, argumenta que, si bien entre las partes existió una relación laboral entre el 9 de marzo de 1964 y el 4 de octubre de 1967, la entidad no tenía la obligación de cotizar a pensiones, pues, para dicho período no existía cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales en el Departamento de Cundinamarca, haciendo imposible que el banco pudiese realizar aportes en estos períodos; en segundo lugar, tampoco es viable trasladar la reserva actuarial, ya que el demandante trabajó solamente cuatro años para la entidad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presenta alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, mientras que las otras recurrentes afianzaron los argumentos expuestos en la impugnación.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver sobre las apelaciones incoadas por Flota Huila, Banco GNB Sudameris y en consulta frente a los puntos no apelados y que podrían afectar a Colpensiones.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Reclama el apoderado de Flota Huila, que se hubiese fulminado condena en su contra, al estimar que entre las partes no existió el contrato de trabajo reclamado en el libelo genitor, pues en su base de datos no reposa información alguna del demandante, y tampoco de la persona que suscribió el certificado laboral allegado al expediente digital.

Bajo tales derroteros, debe indicarse que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó en 1991 (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo, así: certificado laboral emitido por Augusto Linares Mahecha, en calidad de sub gerente administrativo de Flota Huila S.A. (fl. 4 de la carpeta 3); certificado emitido por la Cámara de Comercio del Huila expedida el 9 de agosto de 2021, en el que, registran la información de representación legal de Flota Huila desde el año 1980 (folio 6 de la carpeta 11); respuesta emitida por la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud incoada por la parte actora, respecto a la existencia de la empresa Flota Huila S.A. (carpeta 9).

*Así mismo, se recibió la declaración de **Roberto Quintero Garay**, quien dijo conocer al demandante desde el año 1959, y en el año 1975 el demandante le presentó a Linares y en el año 1980 ya estaban trabajando los dos; estima que trabajó en Flota Huila en el año 84 u 85, cuando Linares que estaba de sub gerente o algo así, se lo llevó a trabajar allá, en el área de contabilidad, sin embargo, nunca fue a las instalaciones de Flota Huila y desconoce la fecha hasta la cual laboraron en dicha empresa; sin embargo, señaló que, Jaime Chape era el dueño de esa empresa y conoce tal información, porque lo llevaron con él, y le ofrecieron un empleo, sin embargo, no fue posible materializar su contratación. A su turno, **Ricardo Emilio Vanegas Rodríguez**, conoce al demandante hace más de 70 años, porque estudiaron juntos desde el colegio, que Ramón siempre se desempeñó en el área de la contaduría y prestó sus servicios a varios bancos y en los años 80, más o menos entre el año 80 al 82 trabajó con la empresa del Huila y le consta tal situación, porque en varias oportunidades fue a visitarlo a las oficinas de la empresa y al auscultársele respecto al objeto social de esta indicó, que transportaba mercancía, encomiendas, como ahora Servientrega o Rapidísimo y al preguntársele respecto a Augusto Linares, indicó que él era el que mandaba en esa empresa.*

*Por su parte, **Diego Garavito**, representante legal de Flota Huila informó que, la empresa fue creada en 1972, que, solamente tiene sede en la ciudad de Neiva y en otras ciudades solo tienen taquillas; resaltando que, en los archivos de la empresa*

no aparece ningún documento en el que se pueda evidenciar que el demandante y Augusto Linares Mahecha, hayan sido empleados de esta empresa; que eventualmente hubo una agencia comercial, pero como establecimiento de comercio del cual era propietario Flota Huila, pero no tiene certeza de esta situación, más que, la información adosada por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se concluye que no se encuentra acreditada la prestación del servicio entre el 1º de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1985, pues, se vislumbran vacíos en este punto, nótese que, Ricardo Emilio Vanegas Rodríguez señaló que, el servicio fue prestado por el demandante entre 1980 y 1982 y Roberto Quintero informó que era entre el año 84 y 85; sin embargo, solo el primero estuvo en las instalaciones de la empresa para la cual prestó servicios el demandante, mientras que el señor Quintero, nunca fue a ese lugar, solo tiene conocimiento de esas fechas por lo dicho por el mismo demandante.

Por otro lado, tampoco se pasa inadvertido que la pasiva desconoció la certificación allegada por la parte demandante en la cual se relacionaba la prestación del servicio entre el 1º de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1985, aduciendo que no se le podía dar validez a ese documento, en cuanto la persona que lo suscribió jamás perteneció a la empresa o sus sucursales, lo cual, para la Sala necesita acreditación, dada la relevancia de una certificación laboral.

Así, al revisarse el caudal probatorio, se encuentran inconsistencias que hacen imposible la declaratoria de existencia del contrato con Flota Huila por el período fijado por la primera instancia, ya que, por una parte, la Cámara de Comercio del Huila -organismo que, como se sabe, es el competente para certificar todo lo relacionado con el registro mercantil y los actos y documentos en él inscritos (art. 86 C. Co)- el 9 de agosto de 2021, certificó el nombre de las personas que habían fungido como representantes legales de la convocada, desde 1980, y por si fuera poco, también enlistó el nombre de los subgerentes, y en la misiva no se reporta el nombre de la persona que, alegando el cargo de subgerente administrativo, certificó que el actor prestó servicios para la sociedad demandada (fl. 6 de la carpeta 11).

Por otra parte, la Cámara de Comercio de Bogotá, informó que, “es de señalar que la agencia FLOTA HUILA S.A. - AGENCIA con matrícula No. 00135872 fue propiedad de la

sociedad FLOTA HUILA S.A. con NIT 891100772-1 con domicilio en Neiva; no obstante, teniendo en cuenta nuestras funciones, no somos competentes para indicar si existió relación comercial, administrativa, económica u otra, entre las mismas”, agregándose en el mismo documento que, “vale la pena precisar que FLOTA HUILA S.A. y FLOTA HUILA S.A. - AGENCIA, no son dos sociedades con el mismo nombre, sino una sociedad propietaria de una agencia”, por lo que, “en el presente caso la sociedad se denomina FLOTA HUILA S.A. y la agencia FLOTA HUILA S.A. - AGENCIA, lo que permite determinar que los nombres no son exactamente iguales, ya que en el segundo nombre se menciona un establecimiento de comercio con categoría de agencia, evitando confusiones a los terceros en la consulta de la información; sin que se pueda predicar que la agencia es una sociedad” y para tal efecto, debe tenerse en cuenta que el agente comercial “asume en forma independiente y de manera estable el encargo” (artículo 1317 del Código de Comercio).

Luego entonces, si Flota Huila tuvo una agencia comercial para dicha época, no queda claro qué facultades o poderes fueron conferidos al agenciado, ni mucho menos, quién ostentó la calidad de agente o quién asumió la responsabilidad del establecimiento de comercio, y, mucho menos que fuera el señor Linares quien ostentaba tal calidad y conforme a ello, si podía expedir la certificación allegada al expediente digital, haciendo inviable impartir la orden de reconocimiento del cálculo actuarial reclamado entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1985, al existir serias dudas respecto a la prestación del servicio con la encartada, pues no existe prueba fehaciente que permita demostrar que la persona que certificó la prestación del servicio por el período alegado, en realidad representaba al empleador.

Téngase en cuenta, además, que la jurisprudencia laboral ha señalado que, a la hora de decretar el reconocimiento y pago de un cálculo actuarial, el juez debe ser cuidadoso, porque la financiación de una prestación pensional con fundamento en la prestación de servicios que no logran acreditarse con certeza, puede dar lugar a fraudes al sistema; de ahí, la importancia de auscultar la verdadera existencia del contrato de trabajo fuente de dicho cálculo. En sentencia CSJ SL672-2023, se dijo:

Así las cosas, luce patente que el juez de segundo grado no se equivocó al inferir, que pese a que la accionada certificó y admitió el nexo contractual laboral, y no se resistió a las pretensiones materia de debate, ello por si solo no generaba certeza de que entre las partes hubiera existido un contrato de trabajo, pues en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no basta con que los contendientes acuerden que entre ellos hubo un nexo laboral, sino que

es indispensable y vital que en el proceso quede acreditado a través de los diferentes medios de prueba, las condiciones, actividades, reglas y demás supuestos que permitan inferir sin dubitación que el trabajador destinó su fuerza al cumplimiento de las funciones impuestas por quien afirma era su empleador, y por las que devengó una remuneración.

Con mayor razón, si la omisión de afiliación al sistema general de pensiones dispensa como solución jurídica efectiva el cálculo actuarial, que reconoce sobre realidades y verdades, la validación de los tiempos prestados por los trabajadores que no fueron afiliados, con independencia de la razón por la que el empleador haya omitido la afiliación.

En este sentido, se hace preciso recordar que es al demandante quien tenía la carga de probar la prestación personal del servicio en favor de Flota Huila, de conformidad con el artículo 167 del CGP, al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del CPTSS, sobre lo cual la Honorable Corte Suprema de Justicia de vieja data ha manifestado:

“Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien esta obligado a probarla. La vieja máxima: Onus probandi incumbi actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad judicial pueda calificarla (casación de 31 de mayo de 1947).

Y en caso de no cumplir con esta carga procesal, la parte reclamante ha de correr con las consecuencias negativas por su inactividad o negligencia, que no es otra que no acceder al derecho reclamado. Por lo anteriormente expuesto, se revocará la decisión de primer grado en lo tocante a la declaratoria de existencia de contrato de trabajo entre el demandante y Flota Huila S.A., y consecuentemente, la orden de reconocimiento y pago del cálculo actuarial, contenidos en los ordinales 3, 6 y 9 de la sentencia conculcada, para, en su lugar, absolver a Flota Huila de todas las pretensiones formuladas en su contra.

APORTES PENSIONALES CON SUDAMERIS

Para dilucidar este asunto considera la Sala pertinente rememorar la historia de la asunción de los riegos de invalidez, vejez y muerte. Al respecto, tenemos que, en sus inicios, la pensión de jubilación se encontraba a cargo del empleador, por lo cual, con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió la Ley 6ª de 1945, que creó a cargo de los empleadores, mientras se organizaba el Instituto Social Obligatorio, indemnizaciones y prestaciones sociales, y concretamente impuso a las empresas con capital superior a \$1.000.000,00, la

obligación de reconocer y pagar una pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, continuos o discontinuos¹ (art. 14).

Posteriormente, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales que, como se indicó, finalmente asumiría las enunciadas prestaciones sociales para quienes laboraran para otro, “en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico”².

De la mano con la creación del Seguro Social, fue definido un sistema tripartito de contribuciones, es decir que el empleador, el trabajador y el Estado estaban obligados a realizar aportes para la financiación de los diferentes riesgos amparados³, sin embargo el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono. Con todo esto, frente a la denominación de pensión de jubilación, que venía desde la legislación anterior, el artículo 76 de la referida ley determinó reemplazarla, en adelante, por pensión de vejez.

¹ Art. 14, ib. “La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada: a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar; b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción; c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

² Art. 2°, L. 90/46.

³ Art. 16, ib.: “Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000), o de ciento veinticinco mil (\$ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático - Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste.” Sin embargo, ese sistema de común financiación fue modificado por los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973.

Así, con el fin de que el Seguro Social estuviera en capacidad de asumir el riesgo de vejez, en relación con los servicios prestados con anterioridad a la expedición de esa ley, estableció:

“... el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esta obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de estas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley.”⁴

Esa gradualidad fue adoptada por el Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 2663 y 3743 de 1950, en el artículo 259 determinó de manera temporal:

“1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”

En ese orden, el trabajador que hubiere laborado para una misma compañía, con un capital igual o superior a \$800.000,00 que haya cumplido 50 años de edad si es mujer, o 55 años si es hombre, y acredite 20 años de servicios “continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio”⁵.

Luego, fue expedido el Decreto 3041 de 1966⁶, cuyos artículos 60⁷ y 61 regularon la subrogación paulatina por la referida entidad al empleador en el reconocimiento de la pensión de jubilación (art. 260 CST), de modo que “bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la

⁴ Art. 76, ib..

⁵ Art. 260, CST.

⁶ Mediante el Decreto 3041 de 1966 se aprobó el Acuerdo 224 de 1966, que a su vez reglamentó el seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte.

⁷ D. 3041/66, art. 60: “Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) M/cte. o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado, a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono.”

ley, asumir gradual y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo”⁸.

Así, a la entrada en funcionamiento del Seguro Social se efectuó de manera paulatina y progresiva, tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación, por lo cual la obligatoriedad en la afiliación de los trabajadores se dio a partir de enero 1° de 1967.

No obstante lo anterior, resulta fundamental para la solución del caso que nos ocupa resaltar que, si bien la obligación de los empleadores de afiliar a sus empleados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales surgió con la expedición del Decreto 3041 de 1966, de manera gradual; el empleador debía hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación, tal como lo previó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 que establece que: “Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.” en concordancia por lo previsto en el artículo 76 ibídem, que puntualizó “El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley (...)”, norma que se encuentra vigente.

⁸ Art. 31 ib.: “Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) M/cte, o superior a diez o más años de servicios continuos o discontinuos, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados en las mismas condiciones establecidas en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la ley 71 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación consagrada en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en esta disposición, de seguir cotizando al seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, sólo rige para el patrono.”

Y aunque, el llamado de afiliación de los empleados particulares se hizo a partir del 1° de enero de 1967 y su cobertura fue creciendo paulatinamente en la medida que la entidad de seguridad social tuviera presencia en el territorio nacional, esto no significa que la obligación haya desaparecido o que el empleador haya quedado exonerado de hacer los aportes de sus trabajadores a fin de obtener la pensión de vejez, pues únicamente se ordenó que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-; lo contrario implicaría que esos trabajadores quedarían desamparados del sistema de seguridad social en pensiones o que el empleador no estaba obligado a reconocer pensiones (art. 260 del CST); solo así se garantiza el derecho a la igualdad y a la seguridad social de estos trabajadores.

Es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realización del aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación. Asunto diferente es la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto, la que sólo se materializó con la entrada en vigencia del Decreto 3041 de 1966 y la asunción por éste de tal riesgo; ya que no es concebible que éstos estuvieran desamparados de la seguridad social y el tiempo laborado en esas empresas no se contabilizara para obtener la pensión de vejez o lo que es lo mismo, que con la entrada en vigencia del Decreto 3041 de 1966 o cuando el ISS asumió el riesgo en el territorio de la empresa, los empleadores quedaran exonerados del pago de la pensión o de realizar los aportes que antes estaban a su cargo, para que el Instituto asumiera tal prestación, cuestión que no fue prevista por el legislador y no lo podía estar, dado que el servicio subordinado se ejecutó y esa obligación en principio estaba en cabeza del empleador, la cual fue subrogada por el ISS, pero no en forma gratuita para el empleador o desconociendo el derecho al trabajador o con la pérdida de tiempo laborado por éste a aquella.

En conclusión, la demandada Banco GNB Sudameris debe pagar a Colpensiones, el cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 9 de marzo de 1964 y el 31 de diciembre de 1966.

Finalmente, en relación con la referencia del recurrente a la doctrina la Corte Suprema de Justicia, es preciso indicar que el máximo tribunal de la jurisdicción

ordinaria en sentencia SL3892-2016 del 2 de marzo de 2016, con radicación 45209, recogió los anteriores criterios y concluyó, en síntesis, que es obligación de los empleadores realizar el traslado de los aportes para pensión -cálculo actuarial-, por los tiempos de servicios anteriores a la creación del ISS, al estar obligado a constituir las reservas pensionales, de conformidad con lo previsto en la Ley 90 de 1946.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Es preciso hacer estudio respecto a la orden de reconocer y pagar la pensión de vejez, a favor del demandante, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, resultando primordial establecer si este, se encuentra inmerso en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al aprenderse el conocimiento de este punto, en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple el demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, contaba con 54 años de edad, pues nació el 19 de diciembre de 1939, tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 3 de la carpeta 3 del expediente digital). Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por haber prestado sus servicios en el sector privado y haber estado afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1967. Tampoco es objeto de reparo que la edad de 60 años a la que refiere el artículo 12 del mentado acuerdo la cumplió el 19 de diciembre de 1999.

Ahora, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 exige como requisito para acceder a la prestación pensional 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que la accionante tan sólo acredita 50,83 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (19 de diciembre de 1979 a 19 de diciembre de 1999) y 912,⁸⁵ semanas entre el 26 de febrero de 1959 y el 23 de marzo de 1992, contabilizando el tiempo laborado a la

extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, al Banco de Bogotá, Banco GNB Sudameris y el tiempo efectivamente cotizado a Colpensiones, hasta el 23 de marzo de 1992, que resultan insuficientes para acceder al derecho pretendido.

Aunado a lo anterior, se observa que el último aporte pensional del accionante se efectuó para el ciclo marzo de 1992, por lo que tampoco acredita los condicionamientos para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se revocará de sentencia de primera instancia, y en su lugar, se absolverá a la entidad, del reconocimiento de la pensión de vejez, consecuentemente, se revocarán los ordinales 10, 11 y 12, en lo tocante al reconocimiento del retroactivo pensional a favor de Juan Ramón Cuellar Rodríguez, así como la autorización de descontar los aportes al sistema de salud y descuento de la indemnización sustitutiva reconocida previamente al demandante.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Revocar los ordinales 3º, 6º y 9º de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Flota Huila S.A., de las pretensiones incoadas por Juan Ramón Cuellar Rodríguez.

Segundo.- Revocar los ordinales 10, 11 y 12 de la sentencia consultada a favor de Colpensiones, para en su lugar absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones de las pretensiones incoadas en su contra.

Tercero.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ JOAQUÍN GARZÓN ACUÑA CONTRA BANCO DAVIVIENDA S.A.

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 1° de abril de 2022, por el Juzgado Veinte Laboral de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

José Joaquín Garzón Acuña, a través de apoderado judicial demandó a la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda, hoy Banco Davivienda S.A., con el fin de que, se declare la existencia de un contrato de trabajo, entre el 1° de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2019, el cual feneció sin justa causa, por lo que, tiene derecho a que se le reconozca y paguen las cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías,

vacaciones, primas legales, sanción moratoria por no consignación de las prestaciones sociales, aportes a seguridad social, suministro de calzado y vestido de labor, indemnización por despido sin justa causa; sanción moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al haberse actuado de mala fe, así como el pago de intereses moratorios y derechos que resulten acreditados conforme a las facultades ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que; nació el 25 de septiembre de 1959 y en la actualidad cuenta con 60 años de edad; ingresó a laborar en Davivienda en 1983; su vinculación laboral fue por horas hasta el año de 1990; celebró contrato de trabajo a partir del 1 de enero de 1991 y el mismo finalizó el 31 de diciembre de 2019; el contrato celebrado se denominó “contrato de prestación de servicios de transporte”; el servicio fue prestado en la dirección administrativa de la entidad; sus funciones eran las de conductor y servicios varios; el servicio fue prestado en un horario de 8 de la mañana 6 de la tarde, el cual a veces se extendía; se le exigía que los vehículos de transporte de empleados, fueran de su propiedad; los contratos eran celebrados a término fijo de un año y los mismos eran prorrogados; durante los 30 años de servicio, no se presentó interrupción en el servicio; le fue expedida certificación laboral del tiempo de servicio prestado; suscribió un acuerdo con el Banco Davivienda presionado; la demandada le informó que constituirían una empresa a su nombre; en el contrato celebrado en agosto de 1998, se agregaron unas funciones a su cargo; se expidieron sendas autorizaciones, para retirar, llevar, cancelar, entregar equipos, mercancías o documentos a nombre de la demandada; se expide certificación en la que se indica que presta sus servicios de manera independiente y sin remuneración laboral a cargo de Davivienda; debía tener disponible siempre un vehículo al servicio de la entidad; en octubre de 2008 le fue autorizada la entrega del uniforme de conductor; el 18 de enero de 2018 Davivienda lo remite a salud ocupacional de la EPS Sanitas para que le sean realizados exámenes de ingreso y emitiendo recomendaciones; le informaron que debía firmar un acuerdo ratificadorio, constituir una empresa SAS y asumir el pago del IVA, de lo contrario, no sería posible suscribir el contrato de prestación de servicios para el año 2020; el 2 de enero de 2020 fue despedido sin justa causa; no le fue permitido el ingreso a las

instalaciones de la empresa a partir del 2 de enero; realizó la entrega de los implementos propiedad de Davivienda; durante el vínculo laboral no le reconocieron ni pagaron prestaciones sociales, cesantías, vacaciones, primas, ni efectuaron las cotizaciones al sistema de seguridad social; Davivienda contrata el servicio de transporte con la empresa Transportes Nuevo Rumbo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, se pronunció el extremo pasivo oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, entre el 1° de enero de 1991 y el 2 de julio de 1998, existieron múltiples contratos de prestación de servicios de transporte, tanto de funcionarios del banco, como la realización de encomiendas y que, a partir del 21 de octubre de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2019, se celebró un nuevo contrato de servicios de transporte a los empleados de la entidad, encomiendas y otras diligencias. Respecto a los hechos aceptó como cierto, la fecha de nacimiento del demandante, así como la celebración de otrosí a contrato de prestación de servicios No. 2011-0150, con el fin de transportar funcionarios y encomiendas y respecto a los demás hechos, indicó que no le constaban o no eran ciertos. Como medios de defensa propuso las de inexistencia de causa y de obligación, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica (archivo 4).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 5 del expediente digital) en el que declaró que entre el demandante y el Banco Davivienda S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de octubre de 1998 y el 31 de diciembre de 2019, con una asignación salarial mensual de \$4.655.432, en el cargo de conductor; declaró probada la excepción de prescripción y condenó al pago de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios, sanción moratoria equivalente a \$155.181 a partir del 31 de diciembre de 2019 hasta por 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre inversión; condenó a Davivienda a pagar la sanción por no consignación

de las cesantías a un fondo a partir del 22 de julio de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019, equivalente a \$80.538.939; a realizar el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones entre el 21 de octubre de 1998 y el 31 de diciembre de 2019; absolvió a la demandada de las demás pretensiones e impuso condena en costas a la demandada.

Fundó su determinación el a quo, en que, de acuerdo a la prueba documental, interrogatorios de parte y, especialmente de la prueba testimonial, se podía concluir que, se encontraba acreditada la prestación del servicio, por parte del señor José Joaquín Garzón y, que, en el decurso procesal, no se había logrado desvirtuar la presunción legal, al exigírsele al demandante, tener disponibilidad y exclusividad para prestar el servicio de transporte a los empleados de la entidad financiera, luego entonces, para fijar los extremos del contrato laboral, entre el 21 de octubre de 1998 y el 31 de diciembre de 2019, se basó en los hechos aceptados por la convocada a juicio, a la hora de contestar la demanda y tuvo como salario, la suma de \$ 4.655.432, monto de dinero, pagado durante el último vínculo contractual entre las partes; por otro lado, declaró prescrita las vacaciones causadas con anterioridad al 22 de julio de 2017, y de las demás acreencias laborales, fijó el fenómeno trienal desde el 22 de julio de 2018 hacia atrás, precisando que, frente a las cesantías, no había operado el fenómeno exceptivo; al no encontrar acreditada la buena fe de la convocada, fulminó condena por concepto de sanción moratoria.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación así:

La parte actora sienta su oposición en forma parcial, respecto a la sentencia emitida, al estimar que, se encuentra acreditado que, el vínculo que ató a las partes, lo fue, entre el 1 de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2019 y no como se señaló en la sentencia, en segundo lugar, que, no se entiende la forma cómo se aplicó el fenómeno prescriptivo, pues, debe reconocerse las sanciones y acreencias laborales en forma íntegra, igualmente, se debe ordenar el pago de la

indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, al encontrarse acreditada la mala fe del demandado.

A su turno, el Banco Davivienda, a través de su apoderado, busca la revocatoria de la sentencia, al estimar que, entre las partes existió varios contratos de prestación de servicios para el transporte de personal y mercancía y al estudiarse la subordinación, se encuentra que, la entidad, no le suministró ningún elemento de trabajo, por otro lado, que el demandante en el interrogatorio de parte, aceptó que, él era el propietario de los vehículos en los que desarrollaba el objeto contractual celebrado, además, él cubría los gastos de los vehículos, tales, como el pago del SOAT, la gasolina y adquiriría los seguros necesarios, por ello, cuando se implementó el pico y placa en esta ciudad, el actor, adquirió otro vehículo y con ello, poder ejecutar el objeto contractual; de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, no se colige, las órdenes impartidas, horarios impuestos, las condiciones para prestar el servicio, ni de llamados de atención, la concesión de vacaciones o permisos, otorgados al demandante; reprochándose la valoración probatoria dada a la prueba testimonial recaudada en el trámite del proceso, al encontrarse acreditado, que no se tienen claras las situaciones de tiempo, modo y lugar, de la existencia del aparente contrato de trabajo; por otro lado, tampoco se pactó el pago de salarios, sino de honorarios; en tercer lugar, señala que a pesar del tiempo en que se suscribieron los contratos de prestación de servicios, esto no era óbice para que se declarara la existencia de un contrato laboral; que en caso de no revocarse la sentencia, se tenga en cuenta que la entidad, no ha actuado de mala fe, al efectuar el pago de los honorarios en forma puntual y tampoco se tenía un límite para la celebración de los contratos de prestación de servicios, por lo que, solicita se declaren probados los medios exceptivos propuestos.

C O N S I D E R A C I O N E S

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por las partes al momento de sustentar sus recursos de apelación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Insiste la parte demandada, a través de la alzada, que entre las partes se suscribieron varios contratos de prestación de servicios con el demandante, entre el 21 de octubre de 1998 y el 31 de diciembre de 2019, pero ninguno de naturaleza laboral.

Para resolver lo pertinente, cumple recordar que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art. 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia del contrato de trabajo quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal. Sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC). Servicios personales que se tiene examinarse dentro del contexto del artículo 23 del CST, por ello la doctrina y la jurisprudencia estiman que una vez probado los servicios personales el trabajador no tiene que acreditar los otros dos elementos que tipifican el contrato de trabajo; que es la temática que regula la ley sustantiva laboral. Dado que por lo general, todo contrato de naturaleza civil o comercial,

implica para el contratista la prestación personal de los servicios contratados (contrato de transporte, contrato de mandato, contrato de agencia comercial, entre otros) sin que pierda dicha naturaleza por la mentada presunción, por eso el juez debe ser exhaustivo al momento de la valoración de las pruebas. Obviamente, sin dejar de lado el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó en 1991 (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo.

Fueron aportados sendos contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, de la siguiente manera:

Folio	Archivo	Fecha Inicial	Fecha Final
52	1	12/04/1991	31/12/1991
55	1	1/01/1993	1/01/1994
67	1	1/01/1995	1/01/1996
70	1	1/07/1996	28/02/1997
85	1	1/01/1998	31/12/1998
92	1	1/01/1999	31/12/1999
100	1	1/01/2000	31/12/2000
106	1	1/01/2001	31/12/2001
124	1	1/01/2002	31/12/2002
134	1	1/01/2003	31/12/2003
143	1	1/01/2004	1/01/2004
154	1	1/01/2005	1/01/2005
159	1	1/01/2006	1/01/2006
163	1	1/01/2007	1/01/2007
174	1	1/01/2008	1/01/2008
188 y 102	1 y 4	1/01/2009	1/01/2010
206 y 158	1	1/01/2012	1/01/2013
175	4	1/01/2013	1/01/2014
234 y 206	1 y 4	1/01/2014	31/12/2014
220	1	1/01/2015	31/12/2015
234	4	1/01/2016	31/12/2016
225	4	1/01/2017	31/12/2017
234	1	1/01/2018	31/12/2018

Pudiéndose verificar en el último contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes que el objeto de este, consistía en que, “EL CONTRATISTA se obliga con DAVIVIENDA a prestar el servicio de transporte de funcionarios, encomiendas y demás elementos físicos que DAVIVIENDA le indique, de forma autónoma e independiente, sin que exista algún tipo de subordinación entre DAVIVIENDA y EL CONTRATISTA”.

Adicionalmente, se estipularon, como obligaciones del contratista, entre otras:

- “1. Contar con un vehículo disponible para la prestación del servicio de transporte a Davivienda en el horario establecido con el Banco.*
- 2. Tener disponibilidad telefónica en la modalidad 7x24, con la disponibilidad definida de común acuerdo con el Banco para la Prestación del Servicio.*
- 3. Mantener en óptimo estado de funcionamiento técnico-mecánico los vehículos a través de los cuales se presta el servicio de transporte a DAVIVIENDA.*
- 4. Mantener en óptimo estado de conservación los vehículos a través de los cuales se presta el servicio de transporte a DAVIVIENDA.*
- 5. Prestar el servicio de transporte con vehículos cuyo modelo no sobrepase los diez (10) años de vida útil.*
- 6. Reportar de forma semanal, a través de la planilla dispuesta para tal efecto, los diferentes servicios de transporte prestados al Banco. DAVIVIENDA podrá solicitar a EL CONTRATISTA en cualquier momento las planillas de control del servicio, a fin de verificar la naturaleza de las diligencias efectuadas por EL CONTRATISTA.*
- 7. EL CONTRATISTA deberá acreditar que se encuentra facultado para prestar el servicio objeto del presente contrato mediante la presentación de las licencias que sean requeridas para la prestación de tal servicio. Las licencias deberán mantenerse vigentes durante toda la ejecución del contrato y en caso de que su vencimiento se dé antes de que éste termine, EL CONTRATISTA deberá adelantar los trámites de renovación de inmediato.*
- 8. Prestar el servicio de transporte con vehículos de su propiedad.*
- 9. Cancelar de manera oportuna los aportes a salud y pensiones establecidos dentro el régimen de seguridad social para trabajadores independientes.*
- 10. Mantener vigente durante todo el tiempo de ejecución del contrato, el seguro obligatorio para accidentes de tránsito - SOAT-.*
- 11. Asumir el costo de combustibles y todo lo que conlleve a mantener el vehículo en excelentes condiciones para la prestación del servicio*
- 12. Todas las demás obligaciones contenidas en los documentos que forman parte integral del presente Contrato o que se integren a él, durante su desarrollo y ejecución...”*

Igualmente, milita en el plenario, sendas certificaciones, emitidas por Banco Davivienda, entre el año de 1994 y 2014, en el que, informan que el demandante, ha prestado sus servicios en forma independiente por más de 25 años, como transportador, con contratos de transporte de renovación anual (folios 60, 69, 84, 120, 129, 142, 162, 172, 182, 250).

También fue allegado certificado de existencia y representación legal, en que se constata la constitución de la Empresa Unipersonal denominada José Joaquín Garzón Acuña, el 30 de julio de 1998 (folio 152 del archivo 4).

El 16 de septiembre de 2009 el Director de Crédito Personal remitió a la administración del Edificio Bavaria, solicitud de autorización de parqueadero para los funcionarios, enlistando entre ellos, al aquí demandante (folio 193). La jefa del Departamento de Servicios Generales, el 27 de mayo de 2015, autoriza al demandante para que realice “visitas en las oficinas y tomar fotografías en una labor adelantada por la Dirección de Servicios Administrativos que cuenta con el aval del Departamento de Seguridad del Banco” (folio 253).

A su turno, fueron allegadas facturas cambiarias de compraventa, en la que se relaciona el cobro del servicio “de transporte general realizado a la Dirección Administrativa”, realizados entre enero y diciembre de 2019 y los cuales cuentan con el sello de recibido de la demandada (folio 274 a 288).

El 2 de enero de 2020, el demandante hizo entrega de implementos propiedad del banco, enlistando entre ellos, un celular con su cargador, tarjeta sim card empresarial, carné a su nombre y tarjeta de apertura de puertas a proximidad HID y los mismos fueron recibidos por el ente financiero el 31 de enero de 2020 (folio 298).

José Joaquín Garzón Acuña al rendir declaración indicó que, para el año 1998 tenía un contrato con Davivienda, pero como persona natural, y ya en julio de 1998 le dijeron que debía constituir una empresa para continuar prestando el servicio, agregando a su dicho que él era el propietario del automóvil, en un principio, prestaba el servicio de transporte con un vehículo, pero, con el paso del tiempo, le tocó pedir prestado otro vehículo, para cumplir con el contrato; él se encargaba del mantenimiento del vehículo, pagaba la gasolina que este necesitara, al igual que el SOAT y demás seguros que este requiriera; para el cobro de los honorarios, presentaba facturas, limitándose a prestar el servicio a Davivienda.

Posteriormente, la representante legal de Davivienda, al rendir interrogatorio de parte informó que, “el señor José Joaquín estuvo vinculado en un principio a través de diferentes contratos de prestación de servicios y a partir del año 1998 su vínculo fue con servicios de transporte” y, tenía a su cargo, el transporte de “personas, de los funcionarios del banco, de encomiendas, de mercancías que tuviesen que llevarse a diferentes oficinas del banco”, en lo atinente a los permisos para ausentarse del servicio, precisó que, “no, el cómo tenía que tener una disponibilidad, si debía ceñirse a la necesidades del servicio que él prestaba, pero como tal no era un permiso que el tenía, simplemente, supongo yo que cuadraba sus actividades y que estas no fueran a entorpecer el buen servicio de transporte que el prestaba al banco” y para el pago de los honorarios, el contratista debía acreditar el pago de seguridad social y, solo en casos excepcionales se prestó el servicio en horario diferente, al de 8 de la mañana a 5 de la tarde.

Se recibió el testimonio de Sigifredo Marín Orjuela, quien dijo conocer al demandante desde el año 1991 o 1992, cuando trabajaba en una outsourcing que presta sus servicios a Davivienda, quien informó que, al actor le programaba las visitas Mauricio Vanegas y Rafael Velásquez, como jefes del departamento de mantenimiento en esa época; que vio al demandante cumplir un horario de tiempo completo, en las instalaciones de la entidad ubicada en la Calle 26, en el sótano o en las oficinas se le podía encontrar; estimando, que las funciones desempeñadas, eran las de mensajería; nunca lo vio de vacaciones, pero lo vio compartir con los demás empleados de Davivienda; que al actor le eran entregadas unas planillas y órdenes, con la programación que debía cumplir pero no vio que le hicieran llamados de atención y tampoco lo vio prestando sus servicios a persona natural o jurídica diferente a la demandada.

Ruth Stella Rodríguez Rodríguez, informó que José Joaquín suscribió sendos contratos de prestación de servicios con Davivienda, sin embargo, trabajó con él, desde que llegó al área administrativa, que el demandante se encargaba de transportar a los funcionarios del banco, en un horario de 8 de la mañana a 5:30 de la tarde, pero por requerimientos realizados, a veces se podía demorar más; que para el pago por los servicios prestados, José Joaquín debía presentar factura, además, informó que el vehículo utilizado para el transporte de los empleados o elementos, era propiedad de él y por tanto, tenía a su cargo, el pago del SOAT y la gasolina, que, la entidad no le exigía el uso del uniforme y ella era la encargada

de administrar el contrato y le solicitaba los servicios, igualmente, dijo que no lo había visto integrarse en actividades de la empresa.

Hermes Pava Olarte, trabajó en Davivienda entre el año 2006 y 2019, en las áreas de operación bancaria y después en la administrativa, conoció al demandante en el año 2007, porque se encargaba de llevar a los funcionarios del banco y de la mensajería, lo veía como un compañero, porque hacía diligencias y tenía acceso a las instalaciones y uniformes, aunque no sabe las condiciones contractuales de su vinculación, si le constaba que iba todos los días a la entidad y que los vehículos eran propiedad de él; que los jefes de José Joaquín fueron Ángela y después fue Paola Suárez, aunque, todas las personas le solicitaban sus servicios y atendía el área administrativa; no tiene claro el horario en que laboraba, pero coincidían en la mañana, al medio día, en la tarde y en ocasiones en la noche, coincidiendo en las fiestas de los niños, las novenas y cumpleaños.

Hugo Castellano Domínguez, conoce al demandante desde hace 12 años, por ser conductor para el área administrativa, que él debía estar atento para transportar al personal y su vinculación era por contrato de prestación de servicios; que las funciones eran asignadas por los jefes de departamento y debía tener disponibilidad permanente, en principio el demandante tenía un vehículo para prestar el servicio, sin embargo, por el pico y placa, adquirió un segundo automóvil, pero el mantenimiento estaba a cargo del contratista; que para el pago de los servicios, debía pasar una cuenta de cobro y los soportes de pago de aportes al sistema de seguridad social.

Finalmente, María Luisa Álvarez Redondo, informó que labora en Davivienda desde el año 2006, como supervisora de contratos de aseo y cafetería, manejando también el contrato de gastos de viaje, conforme a ello, conoció al demandante, cuando tuvo que reemplazar a su compañera en unas vacaciones y tuvo a su cargo la supervisión del contrato del actor, por ello, le consta que, él tenía contrato de prestación de servicios para transportar a los funcionarios y debía estar cerca de las instalaciones del banco o en el parqueadero; que para recoger a los empleados, llamaban a José Joaquín a su teléfono y le suministraban la información; que, en principio el servicio era prestado en un vehículo de propiedad de José Joaquín y después él adquirió otro automóvil y los gastos de

gasolina, SOAT y mantenimiento eran asumidos por el contratista; para el pago de los servicios se debía pasar una factura de cobro y el soporte de pago de aportes al sistema de seguridad social; que no conoce que el demandante le hubiese prestado sus servicios a otras personas.

Así, con las pruebas antes referidas, es claro para la Sala que, a pesar que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del promotor del litigio, los mismos se cumplieron en ejecución del contrato de transporte suscrito entre las partes (art. 2070 del CC). Nótese que los testigos recaudados en el devenir procesal son contestes en indicar que, José Joaquín se encargaba del transporte de algunos empleados y mercancía o elementos de Davivienda y estos le eran programados por empleados del banco, por ello, se la pasaba en el piso del área administrativa, en el sótano de la entidad o en el parqueadero, esperando que le fuera programado un servicio, sin embargo, el automóvil en el que desarrollaba su actividad era propiedad de él y, por ello, era él quien debía sufragar los gastos que el automotor necesitara. En similar sentido, los declarantes, informaron que lo veían en las instalaciones de la entidad, pero no daban razón cierta de un horario en el que tuviera que prestar sus servicios, ya que esto dependía de que Davivienda requiriera un transporte y, por ello, debía estar siempre disponible.

De otro lado, si bien el demandante debía seguir las directrices o instrucciones dadas por la accionada como se desprende de los contratos de prestación de servicios previamente referido, ello per se no es indicativo de la subordinación propia que caracteriza el contrato de trabajo, puesto que todo contrato lleva implícito el que el contratante dé instrucciones de la forma como se debe ejecutar la actividad o labor, y no quede al arbitrio del contratista, por ser un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, por lo tanto de carácter bilateral y conmutativo (arts. 1495, 1496 y 1498 del CC), por eso la subordinación que configura el contrato de trabajo es la subordinación jurídica, entendida como el poder de disposición de la energía de trabajo, lo que significa que el empleador se encuentra, en todo momento, en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo del empleado, según convenga a los fines de la empresa, y de éste del deber correlativo a acatarla. Sobre este punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esas condiciones contractuales -de sujetarse a unas

precisas instrucciones y directrices-, son normales o esenciales en el desarrollo de varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial del trabajo, pues ellas no comportan la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que constituyen el resultado del cumplimiento del objeto del vínculo jurídico que unió a las partes (sentencia de 24 enero 2012, radicado 40121, reiterada en la del 19 de julio de 2016, con radicación 46874). Adicionalmente, en sentencia del 16 de junio de 1973, adoctrinó lo siguiente:

“Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, que es lo que diferencia el laboral de otros similares. Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas”.

Establecidas, así las cosas, y ante la inexistencia del elemento principal para la determinación de un vínculo de naturaleza laboral, es que la Sala concluye que la decisión de primer grado debe ser revocada en forma íntegra, para en su lugar absolver a Banco Davivienda de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. Por último, si se aceptara que en el sub lite se dio la presunción del artículo 24 del CST, ésta fue desvirtuada por la demandada con las pruebas atrás examinadas que confluyen a dar certeza que los servicios ejecutados por el demandante fueron en desarrollo del contrato de transporte y no de un contrato de trabajo.

Dadas las resultas del proceso, se impondrán costas de ambas instancias a la parte actora.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada y en su lugar absolver al Banco Davivienda S.A., de la totalidad de pretensiones incoadas por José Joaquín Garzón Acuña.*

Segundo.- Las costas de ambas instancias corren a cargo del demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

*TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL*

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO
ORDINARIO LABORAL DE ANA PRISCILA GAVILÁN REYES CONTRA MARÍA
XIMENA GARCÍA*

*En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo de dos mil veintitrés (2023),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior
para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado
Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que
integran la Sala Segunda de Decisión.*

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 8 de
julio de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta
ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Ana Priscila Gavilán Reyes, por medio de apoderada judicial, demandó a María
Ximena García, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo
entre el 17 de julio de 2015 y el 8 de febrero de 2017. Consecuencia de tal
determinación, se reconozca y ordene el pago de cesantías, intereses a las
cesantías, vacaciones, prima de servicios causados durante la relación laboral;
así como a los salarios causados y no pagados entre el 1 y el 8 de febrero de*

2017; se condene al pago de la sanción por no pago de acreencias laborales y por no consignación de las cesantías; se ordene el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral y se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 49 a 51 del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis expresa que: celebró contrato verbal a término indefinido con la demandada; prestó sus servicios desde el 17 de julio de 2015 hasta el 8 de febrero de 2017; se desempeñó como "CUIDADORA DE ADULTO MAYOR"; cumplía un horario de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 4:30 p.m.; el último salario devengado fue de \$940.000, oo ; no fue afiliada al Sistema de Seguridad Social; presentó renuncia voluntaria; no le fueron consignadas las cesantías del año 2015 y 2016; no le fueron pagados los intereses a las cesantías, las vacaciones y las primas de servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, se dio por no contestada la demanda, mediante auto del 31 de marzo de 2022 del Juzgado Primero Laboral del Circuito, por no allegar el escrito de subsanación de contestación de la demanda, por parte del curador ad litem.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se abstuvo de fulminar condena por concepto de costas.

En primer lugar, precisó el a quo, que, no era viable aplicar la confesión ficta o presunta a la convocada a juicio, al encontrarse representada por curador ad litem, por lo que, al entrar a resolver la litis, estimó que había una orfandad probatoria, y consecuencia de ello, no se podía acreditar la prestación del servicio, por la parte de la demandante.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

C O N S I D E R A C I O N E S

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Indica la demandante que sostuvo con la demandada, contrato de trabajo entre el 17 de julio de 2015 y el 8 de febrero de 2017, interregno en el que se desempeñó como cuidadora de un adulto mayor.

Bajo esta afirmación, es del caso tener presente lo previsto en el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal

está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo.

Sea lo primero señalar que la prueba documental se limita a extractos de la cuenta de ahorro de Davivienda, de la cual es titular la demandante, entre junio de 2016 y enero de 2017, en los cuales no se observan datos adicionales que permitan establecer con certeza que las transferencias efectuadas a favor de la demandante, fueron realizadas por la convocada a juicio, v.gr. su número de cédula de ciudadanía o su nombre completo, mucho menos que hubiera existido una prestación de servicios permanente, continua y estable durante el lapso de tiempo informado en la demanda, notas características del contrato de trabajo, conforme a lo expresado (folio 25 a 40). En el curso del debate probatorio, a pesar de haberse decretado prueba testimonial a favor de la promotora, en audiencia pública se desistió de la práctica de la misma.

Conforme a lo precedente, se concluye que la demandante no acreditó la prestación personal del servicio en las circunstancias de tiempo, modo y lugar afirmadas en la demanda, por lo que no se puede concluir la existencia del contrato de trabajo reclamado, razón por la cual la desatención de la carga probatoria por parte de la actora conlleva la desestimación de sus pretensiones y así se confirmará la decisión absolutoria.

No se impondrán costas en el grado jurisdiccional.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. - Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BERNARDA DEL ROSARIO JIMÉNEZ PINEDA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir SA y Skandia SA, contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Bernarda del Rosario Jiménez Pineda, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA, Colfondos S.A. y Skandia S.A., para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. De igual forma, se declare la ineficacia de los traslados horizontales. En consecuencia, se ordene devolver a las AFP accionadas devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, frutos e intereses. Se condene a los fondos privados a asumir el deterioro sufrido de los dineros administrados; debiendo Colpensiones recibirla en el RPMPD, junto con la totalidad de los recursos. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 20 de mayo de 1960; cotizó al ISS desde el 30 de noviembre de 1977; en febrero de 1995 fue visitada en su sitio de trabajo por asesores de la AFP Colfondos S.A., quienes le ofrecieron mejores ventajas que en el RPMPD; en julio de 1996 se trasladó a Old Mutual, hoy Skandia SA; posteriormente, se trasladó a Porvenir SA en junio de 2001; las AFP no cumplieron con su obligación de brindar información de manera suficiente, clara, comprensible y cierta, así como tampoco le explicó las ventajas y desventajas entre ambos regímenes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 11 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del

principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 13 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Skandia S.A. contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación y su traslado a Porvenir SA; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: actos de relacionamiento; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; lo accesorio sigue la suerte de lo principal; falta de interés negociable; prescripción de la acción; la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro; gastos de administración; buena fe y la genérica.

Mediante auto del 2 de noviembre de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Colfondos SA.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la

sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 20 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado de la actora al RAIS. Condenó a Porvenir SA a transferir a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colfondos SA y Skandia SA a transferir a Colpensiones los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual, correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a aceptar dicha transferencia y a contabilizar, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la actora. Al final declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a Colfondos SA, Porvenir SA y Skandia SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Porvenir S.A. y Skandia S.A. interpusieron recursos de apelación, así: Porvenir S.A. adujo que el traslado de régimen pensional de la actora se efectuó de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para el año 1995; además, la accionante pudo verificar la información en cualquier momento acudiendo a la Ley 100 de 1993. Sostuvo, que a la promotora de la litis le asisten unos deberes como consumidora financiera, lo que le imponía actuar con mediana diligencia sobre el acto jurídico del traslado. Afirmó, que no es procedente la devolución de los rendimientos ya que, al declarar la ineficacia de traslado, esto supone que la afiliación nunca se dio y no se generaron rendimientos, además, estos son propios del régimen privado. Añadió, que tampoco es procedente restituir los gastos de administración, dado que fueron usados para la correcta administración de los recursos y ya no se encuentran en su poder. Finalmente, manifestó que se debía absolver de la condena en costas.

Por su parte, Skandia S.A. manifestó que no es posible devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales, dado que fueron usados en su

momento para cubrir los gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la actora, y fueron trasladados a la compañía aseguradora para la cobertura de invalidez y sobrevivencia, aunado a que generaría un enriquecimiento sin justa causa y pago de lo no debido en favor de Colpensiones. Agregó, que no es procedente la indexación, por cuanto generaría una doble sanción. Finalmente, solicitó la revocatoria de las costas, ya que no participó en el acto jurídico de traslado de régimen pensional y su actuar siempre ha estado revestido de buena fe.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA y Skandia SA presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos en sus respectivas apelaciones.

El extremo demandante solicitó que se confirme la sentencia de primer grado y se desestimen los argumentos presentados por las AFP en sus recursos de apelación.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las recurrentes al momento de sustentar el recurso de apelación, y en consulta aquellos puntos que afectan a Colpensiones.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en

tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quienes tienen la carga de probar que, efectivamente, a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues, es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que manifestaciones del tipo "(...) las Administradoras de Fondos de Pensiones (...) no cumplieron con su obligación de brindar una asesoría personalizada a la demandante, al momento de su respectiva afiliación (...) los asesores (...) en ningún momento le suministraron información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta (...)” son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de las AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tienen las AFP a los afiliados, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido, la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Colfondos SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 30 de noviembre de 1995. Precisando, que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandante al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, para la época del traslado de régimen, fue visitada en su lugar de trabajo por un asesor de la AFP Colfondos SA, quien le indicó que el ISS se terminaría, y que si se trasladaba a los fondos privados tendría una pensión más alta y de forma anticipada. Dijo que el asesor solo verificó las firmas, sin embargo, no brindó ningún tipo de información, al igual que no recibió asesoría en sus traslados horizontales.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colfondos SA, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones relativas a que “en el RAIS el monto de su pensión sería más alto y se pensionaría a la edad que quisiera”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y, por tanto, justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen

pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES” (página 42 del archivo 01 del expediente digital) no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Colfondos SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión, se trata de proformas que incuestionable la afiliada debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, 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, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por las recurrentes relativas a que la actora podía verificar la información acudiendo a la Ley 100 de 1993 y que incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio de la afiliada de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad

o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA y Skandia SA en sus apelaciones referentes a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que fueron descontados como contraprestación por la correcta administración; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han

debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Skandia SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente, lo mismo que sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, lo que impone modificar la decisión de primera instancia en este punto, puesto que la forma en que se impuso la condena, conduce a entender que todo lo que comprende la devolución de dineros es objeto de actualización, que como

se explicó, no es así, porque los aportes que se restituyen vienen cargados con los rendimientos.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada en los términos previamente indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP accionadas, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Porvenir S.A. y Skandia S.A. han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. En este orden al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Porvenir SA y Skandia SA asuman el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales; argumentos por los que igualmente se les impondrá condena en costas en esta instancia a Porvenir S.A. y Skandia S.A., ante la improsperidad de sus recursos.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar los ordinales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas*

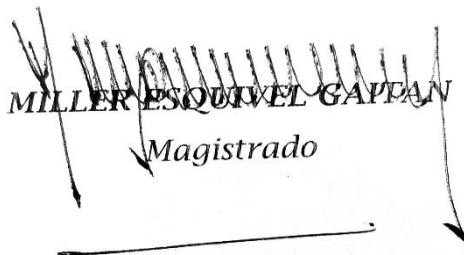
ordenadas dentro del plazo concedido en el ordinal siguiente; conforme a lo considerado.

Segundo.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a las AFP accionadas el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Tercero.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ÁNGEL RUIZ MORALES CONTRA SEGURIDAD EL DORADO LTDA Y SEGURIDAD SKIROS LTDA.

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Luis Ángel Ruiz Morales, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Seguridad el Dorado Ltda y Seguridad Skiros Ltda, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo, entre el 14 de enero de 2006 y el 22 de marzo de 2015 con la primera; y del 23 de marzo de año 2015 hasta el 5 de marzo de 2016 con la segunda. Como consecuencia de lo anterior, se reconozca la relación laboral y se paguen las primas de servicio, cesantías,

intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria; se ordene la afiliación y pago al sistema de seguridad social en los extremos laborales anteriormente citados; así como los recargos nocturnos; además, Seguridad el Dorado adeuda el pago de una incapacidad de 10 días.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 31 del archivo 002 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que; el 14 de enero de 2006 suscribió contrato de trabajo con la empresa Seguridad El Dorado Ltda, en el cual se vinculaba como guarda de seguridad en el Colegio Nuestra Señora de Chiquinquirá; se pactó como salario \$749.200; el servicio fue prestado de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo un horario de seis de la tarde a seis de la mañana de sábado a domingo; el 22 de marzo de 2015, la empresa decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y le ofrecieron un nuevo contrato, pero con la empresa de Seguridad Skiros Ltda, a partir del 23 de marzo de 2015 y hasta el 5 de marzo de 2016; que el contrato con Seguridad El Dorado fue finalizado en forma verbal; no le fueron consignados los aportes al sistema de seguridad social ni tampoco recibió el pago de acreencias laborales por parte de Seguridad El Dorado; en varias oportunidades se reunió con el propietario de la empresa, con el fin de obtener el pago de sus derechos laborales, pero siempre recibió respuestas dilatorias.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Seguridad Skiros y Seguridad El Dorado por medio de curador ad-litem dieron contestación en forma legal y oportuna, limitándose a indicar que se atenían a lo que resultara probado en el proceso. Respecto a los hechos, el auxiliar de la justicia adujo no constarle ninguno de ellos y propuso como medios exceptivos los que denominó, falta de reclamación - conciliación, la genérica, prescripción y nulidad relativa y las que de oficio se encontraren probadas.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 11 del expediente digital) en la que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas por Luis Ángel Ruiz Morales y le impuso condena en costas.

Fundó su decisión en que, del primer vínculo laboral reclamado no se habían demostrado los extremos de la relación laboral, ni el salario devengado y, por tanto, absolvió a Seguridad El Dorado de las pretensiones en su contra; respecto al vínculo laboral reclamado con Seguridad Skiros, se encontró acreditado con la certificación emitida por la compañía, sin embargo, no era viable fulminar condena al haberse allegado liquidación de acreencias laborales a favor del trabajador.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, el demandante interpone recurso de apelación, en el que sienta su oposición frente a la decisión emitida, al estimar que no fue apreciada en debida forma la prueba allegada al expediente, al no colegir de ellos los extremos de la relación laboral y, en segundo lugar, al no establecerse la continuidad en la prestación del servicio entre Seguridad El Dorado y Seguridad Skiros.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por el demandante al momento de sustentar su recurso.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador,

su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, ya que sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo.

La parte actora allegó certificado de tiempo de servicio emitido por la jefe de recursos humanos de Seguridad Skiros Ltda (folio 21 del archivo 2); declaraciones suscritas por María Anayibe Merchán, Marco Antonio Porras y María Emilce Villegas Agudelo, suscritas entre el 15 y 16 de agosto de 2016 (folio 22 a 24), en las cuales se indica que conocen al demandante por haber prestado sus servicios en el

Colegio Nuestra Señora de Chiquinquirá; liquidación de contrato de trabajo suscrito con Seguridad Skiros Ltda., del 5 de marzo de 2016 (folio 144 del archivo 02), así como el comprobante de pago efectuado al demandante, tanto de la liquidación de acreencias como de turnos laborados en marzo de 2016 (folio 147); también paz y salvo suscrito por el demandante, en el que se informa que la empresa le pagó salarios, primas, vacaciones, horas extras, recargos nocturnos, festivos y demás, prestaciones sociales; finalmente, certificado emitido por Axa Colpatria, en el que se registra afiliación del demandante con Seguridad Skiros, entre el 24 de abril de 2015 y el 1 de marzo de 2016 (folio 146 del archivo 2 y fl. 2 del archivo 8); y el pago de aportes al fondo de Pensiones Porvenir, entre abril de 2015 y marzo de 2016 (archivo 7 del expediente digital); y planillas de pago de aportes al sistema de seguridad social efectuados por Seguridad Skiros entre abril de 2015 y marzo de 2016 (fl. 3 a 14 del archivo 8) .

En el curso del debate probatorio se recibió el testimonio de María Emilce Agudelo, quien manifestó conocer al demandante, porque trabajaron juntos por espacio de cuatro a cinco años en el Colegio Nuestra Señora de Chiquinquirá como guardas de seguridad -él, en el turno de la noche y ella en el turno del día-; informó que el actor laboraba de 6 de la tarde a 6 de la mañana, de domingo a domingo, descansando un día festivo, pero no sabe con certeza sobre el descanso disfrutado por el actor, asimismo, mencionó que desconocía el salario devengado por éste, pero indicó, que Alfredo Penagos era su jefe; finalmente, adujo que desconocía la fecha en que feneció el vínculo laboral, dado que ella trabajó en la empresa El Dorado, tan solo hasta el 2013; que el dueño de Seguridad El Dorado y Skiros es Alfredo Penagos.

A su turno, María Anayibe Merchán, señaló que conocía al actor, porque los dos prestaron sus servicios en el Colegio Nuestra Señora de Chiquinquirá, ella en la cooperativa y el aseo, mientras que él lo hacía como vigilante; que el actor trabajó para la empresa El Dorado, aunque desconocía el salario devengado; indicó, que a veces lo enviaban a descansar y lo reemplazaban un fin de semana; sostuvo que el actor prestó sus servicios en el colegio hasta la fecha en que fue cerrado, es decir, hasta enero de 2016; por otro lado, dijo que, ella tomaba ocho días de descanso en algunas ocasiones, pero el período completo de vacaciones no veía al demandante; que hubo un cambio de empresa de seguridad, de El Dorado a

Skiros, pero no sabe cómo se dio, pero que el demandante continuó prestando sus servicios de manera normal.

De acuerdo al material probatorio recaudado, debe indicarse que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, por lo que, surge inmediatamente la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo y, por tanto, surgió la ventaja probatoria a favor del actor quien se despoja, en principio, de esa responsabilidad demostrativa y cuya contradicción es de resorte de la parte demandada, a quien corresponde desvirtuar dicha presunción, lo cual no hizo la parte pasiva.

No obstante lo anterior, debe advertirse que tal y como lo indicó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo el radicado N° 36.549 del 5 de agosto del 2009, si bien es cierto al probar la prestación del servicio nace la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo conforme lo dispone el artículo 24 del C.S.T., esto no releva a la parte demandante de las otras cargas probatorias como son los extremos temporales de la relación laboral, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, entre otros.

Así, al revisar el exiguo material probatorio recaudado dentro del proceso encuentra la Sala que no existe un medio de convicción que permita inferir con certeza o, por lo menos con aproximación, los extremos de la relación laboral que existió entre el actor y Seguridad El Dorado, pues las únicas pruebas practicadas al respecto, fueron las declaraciones de María Emilce Agudelo y María Anayibe Merchán, quienes, según la reseñada efectuada, indicaron que vieron al señor Luis Ángel trabajar en el Colegio Nuestra Señora de Chiquinquirá como vigilante nocturno, pero, María Emilce trabajó hasta el año 2013 y la señora Merchán dice que él prestó sus servicios hasta 2016, cuando se cerró el colegio, no pudiendo derivarse siquiera el extremo inicial reclamado con Seguridad El Dorado, dado que no existe forma de extraer de los dichos de las declarantes una fecha cercana de tal inicio.

En lo tocante al documento denominado certificado, suscrito el señor Marco Antonio Porras, que obra en la página 21 del archivo No. 2 del expediente digital, encuentra la Sala, que corresponde a un documento de tipo declarativo emanado

de un tercero (artículo 262 del CGP); sin embargo, no da certeza sobre la existencia del vínculo contractual con Seguridad El Dorado, ni el salario devengado por el actor entre el año 2006 y el 2015, máxime, que el aludido documento, se limita a decir, que Luis Ángel prestó sus servicios como guarda de seguridad en el Colegio Nuestra Señora de Chiquinquirá, es decir, que no se trata de una certificación laboral como tal que provenga del empleador, sino, se repite, de un tercero que atesta en un documento algo que, al parecer le consta, pero que, para la Sala, deja muchas dudas, en cuanto no existe posibilidad de determinar cómo se enteró o conoció dicho declarante sobre la situación laboral del actor, a efectos de brindar certeza, como mínimo, de los extremos temporales de la relación laboral que se echan de menos.

De lo anterior, es claro que con dicha prueba no es posible establecer de manera rotunda los extremos de la relación laboral con Seguridad El Dorado - como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia-, lo que de suyo impide la imposición de algún tipo de condena, siendo el demandante quien tenía la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del CGP, al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del CPT y SS, por ello la Honorable Corte Suprema de Justicia de vieja data ha manifestado:

“Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien esta obligado a probarla. La vieja máxima: Onus probandi incumbi actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad judicial pueda calificarla.” (casación de 31 de mayo de 1947).

Y en caso de no cumplir con esta carga procesal, la parte reclamante debe correr con las consecuencias negativas por su inactividad o negligencia, que no es otra que no acceder al derecho reclamado. Saltando de bulto que, al no declararse consecuencia jurídica alguna con Seguridad El Dorado, resulta inviable la solicitud de declaratoria de continuidad del servicio reclamada con Seguridad Skiros, máxime, que las convocadas a juicio son personas jurídicas diferentes y no se encuentra acreditado que haya acaecido una sustitución patronal en el sub examine. Acotando que el contrato de trabajo con Skiros, ésta canceló los derechos sociales causados al señor Luis Ángel Ruiz tal como consta a folio 144,

y sobre lo cual no hay discrepancia del accionante, debiéndose entonces confirmar la sentencia apelada.

Como el resultado del recurso fue adverso al impugnante, se le impondrán las costas de esta instancia.

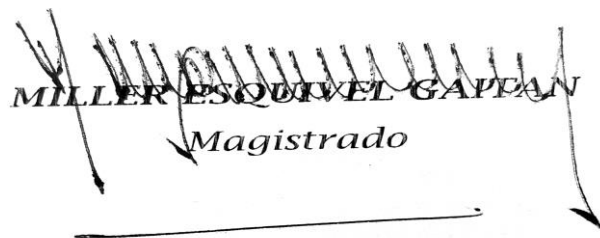
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. - Confirmar la sentencia apelada.

Segundo. - Las costas en la alzada a cargo del recurrente. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$300.000,00.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALFONSO RONDÓN ORTIZ CONTRA TERMINAL DE ACCESORIOS EU Y EL DESVARE DEL TERMINAL EU

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de mayo dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Alfonso Rondón Ortiz en nombre propio demandó a Terminal de Accesorios EU y el Desvare del Terminal EU, para que se declare la existencia de una Unidad de Empresa entre estas; igualmente, se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido sin solución de continuidad, entre el 1° de abril de 2001 y el 19° de abril de 2013, interregno durante el cual la demandada no efectuó el pago de aportes al sistema de seguridad social y se encontraba en condición de

debilidad manifiesta por discapacidad al momento de su despido, por lo que, debía solicitar autorización ante el Ministerio del Trabajo, en tal sentido se debe ordenar el reintegro a sus labores, al pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Consecuencialmente, reclama se condene al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud, que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa y por tanto, no produce ningún efecto, que se adeudan salarios, cesantías, prima de servicios, vacaciones, dejados de devengar desde la fecha de terminación unilateral del contrato y hasta que se produzca el reintegro al cargo y a pagar las condenas debidamente indexadas, adicionalmente se condene conforme a las facultades ultra y extra petita.

Como pretensiones subsidiarias solicita se declare la existencia de unidad de empresa entre Terminal de Accesorios EU y el Desvare del Terminal EU, se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1 de abril de 2001 hasta el 19 de abril de 2013 y que la terminación del contrato fue sin justa causa, por lo que, se debe ordenar la reliquidación y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que, el señor Alfonso Rondón Ortiz se vinculó laboralmente con la empresa Almacén el Desvare del Terminal EU el 18 de agosto de 1999 hasta el 31 de marzo de 2001, para desempeñarse como lavador de carros y la desvinculación de la empresa se ocasionó por el cierre de la misma, que, nunca le fueron cotizados los aportes de seguridad social en pensiones ni salud del trabajador, pero si los aportes a riesgos profesionales; señaló que a partir del 1° de abril de 2001, se vinculó laboralmente con la empresa El Desvare del Terminal EU y fue contratado para el cargo de lavador de carros; se pactó un salario a destajo y el Desvare del Terminal afilió al actor al sistema de seguridad social en pensiones y salud, a partir del 1° de abril de 2001; la afiliación a riesgos profesionales se realizó con la entidad COLMENA; entre agosto de 2002 y agosto de 2005 el Desvare Terminal EU no pagó aportes a seguridad social en pensiones pero si a riesgos profesionales; entre septiembre de 2005 y junio de 2006 el Desvare del Terminal retomó las cotizaciones a seguridad social en pensiones; el Desvare del Terminal no cotizó los aportes del mes de febrero de

2006; que en junio de 2006 el actor y la empresa Terminal de Accesorios EU firmaron un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como lavador de carros; Terminal de Accesorios EU es de propiedad de Luz Stella Rodríguez Cuan, pareja del señor Conrado Arrubla y Terminal de Accesorios EU no cotizó los aportes a seguridad social de julio de 2006, sino a partir de agosto de la aludida calenda; el contrato con Terminal de Accesorios EU se mantuvo entre el 1° de junio de 2006 y 19 de abril de 2013; a partir del 24 de septiembre de 2008 empezó a padecer problemas de salud; le fueron expedidas incapacidades y restricciones médicas, las cuales fueron puestas en conocimiento del empleador; para liquidar las prestaciones con Terminal de Accesorios EU, se emitió cheque por parte de Conrado Arrubla, en calidad de socio del Desvare Terminal EU y no de Terminal de Accesorios EU; que no ha podido efectuar cotizaciones al sistema de seguridad social y ni se ha podido ubicar laboralmente; el 30 de agosto de 2006 fue sometido a examen ocupacional por parte de El Desvare Terminal; le fueron ordenadas sesiones de fisioterapia, le ha sido diagnosticado cervicalgia, lesiones de hombro, síndrome cervicobraquial, discopatía cervical y trastornos de discos intervertebrales lumbares y otros con mielopatía, que le han sido expedidas sendas incapacidades médicas; el 20 de marzo de 2012 la EPS Compensar expidió concepto médico ocupacional y comunicó a la Terminal de Accesorios EU sobre la discopatía cervical, ordenando restricciones por un año y no fue reubicado y por el contrario se procedió a despedir al trabajador; en lo tocante a la Unidad de empresa, informó que, Almacén el Desvare del Terminal fue cerrada en el año 2000 y era propiedad de Conrado Arrubla; Alfonso Rondón pasó a trabajar en la empresa Almacén el Desvare al Desvare del Terminal; que la empresa El Desvare del Terminal y la empresa Terminal de Accesorios dependen económicamente de Conrado Arrubla; que, las empresas mencionadas desempeñan actividades similares y conexas y tienen los mismos trabajadores a su servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, se pronunció el extremo pasivo de la siguiente manera:

Terminal de Accesorios EU, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (folio 151, archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos manifestó que no eran ciertos y que no le constaban, sin embargo, aceptó como cierto el hecho atinente a que la señora Luz Stella Rodríguez Cuan, había dado por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el 19 de abril de 2013 y conforme a ello, le emitió cheque, el cual fue suscrito por el señor Conrado Arrubla; también aceptó como cierto que, en la liquidación de acreencias laborales, se registró como extremos de la relación laboral entre el 1° de junio de 2006 al 19 de abril de 2013, incluyéndose el pago de la indemnización por despido sin justa causa; adicionalmente, aceptó que se le hubiesen emitido sendas incapacidades, adicionalmente, aceptó que la EPS Compensar le informó sobre la discopatía cervical padecida por el trabajador. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, genérica, falta de causa, improcedencia de la declaratoria de unidad de empresa, del reintegro y consecuenciales.

El Desvare del Terminal EU en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (folio 193, archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos manifestó que no eran ciertos o no le constan, excepto que, el cheque expedido para el pago de la liquidación del actor fue suscrito por el señor Conrado Arrubla, socio empresario de la empresa El Desvare EU. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, genérica, falta de causa, improcedencia de la declaratoria de unidad de empresa, del reintegro y consecuenciales.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 5 del expediente digital) en el que declaró que entre el demandante y la sociedad el Desvare del Terminal EU existió una relación de trabajo entre el 1° de abril de 2001 y el 19 de abril de 2013, en la cual la empresa Terminal de Accesorios EU fungió como simple intermediario. Consecuencia de lo anterior, condenó a la empresa El Desvare del Terminal EU a

pagar a favor del actor y con destino a la Colpensiones, el cálculo actuarial de aportes a pensión por los servicios prestados entre el 1° de abril y el 31 de julio de 2001, y a pagar los períodos en mora causados entre el 1° de agosto de 2002 y el 30 de agosto de 2005, con los intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993; también ordenó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la indemnización por despido injusto en cuantía de \$1.683357, suma de dinero que, deberá ser indexada al momento de su pago efectivo y absolvió a las demandadas, de las demás pretensiones incoadas; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la empresa el Desvare del Terminal EU.

A la anterior conclusión arribó la juez de conocimiento al estimar que, en aplicación a las facultades ultra y extra petita, era procedente, dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, encontrando que, el Desvare del Terminar EU había sido el verdadero empleador de Alfonso Rondón Ortiz y Terminal de Accesorios era un simple intermediario, dado que las empresas quedaban muy cerca una de la otra, además que, entre 2006 y 2013, el señor Conrado Arrubla, en calidad de representante legal del Desvare había fungido como empleador del actor, al expedir autorización para retirar cesantías y efectuar el pago de la liquidación final de la relación laboral en 2013 y consecuencia de tal determinación ordenó el reconocimiento de la reliquidación de indemnización por terminación del contrato sin justa causa; en lo tocante a la estabilidad laboral reforzada, indicó que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, el demandante no se encontraba en estado de discapacidad y que ello, le impidiera ejercer sus funciones, además, que, no se avizoraban incapacidades por período superior a 6 meses, y que sus compañeros de trabajo no habían notado, que este se ausentara por causa de una enfermedad, no encontrándose demostrada la pérdida de su capacidad laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación así: La parte actora no se encuentra de acuerdo, con lo correspondiente a la absolución de la solicitud de reintegro, al estimar que, conforme a la historia clínica del demandante, se puede constatar que, el demandante tuvo una recuperación del 70%, además tenía recomendaciones médicas para desempeñar

el cargo de lavador de carros, además, del interrogatorio de parte de la demandada, se puede constatar que ella hizo una reasignación de funciones, encontrándose acreditada la enfermedad y la imposibilidad de desarrollar la labor.

A su turno, las empresas demandadas presentaron recurso de apelación parcial solicitando la revocatoria de los numerales 1, 2, 3, 5 y 6, pues en su sentir, estima que, no se debió declarar la existencia de una única relación laboral, al haberse aportado los contratos de trabajo suscritos entre las empresas y el demandante, así como las liquidaciones de acreencias laborales, efectuadas por los diferentes empleadores; en cuanto a la declaratoria de una relación laboral y de una intermediación, también sienta su oposición, argumentando para tal efecto que, las empresas, se encuentran constituidas con personas diferentes y las actividades y registros mercantiles también lo son, resaltando que la solidaridad no fue objeto de pedimento en el libelo genitor; en tercer lugar, señala que, no se debió ordenar la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, al haberse liquidado cada contrato de manera oportuna, tal y como lo había expuesto el demandante en el interrogatorio de parte; otro punto, objeto de censura, es la no declaratoria de la excepción de prescripción y los demás medios exceptivos propuestos; tampoco se encuentra de acuerdo con la orden de pago de aportes al sistema de seguridad social y finalmente, arguye, que, no procede la condena en costas en el monto fijado por el Despacho.

C O N S I D E R A C I O N E S

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por las partes al momento de sustentar sus recursos de apelación.

No es objeto de controversia en esta instancia, que, entre Terminal de Accesorios EU y el Desvare del Terminal EU, no existió unidad de empresa, pues sobre este punto, no se presentó inconformidad alguna.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El primer cuestionamiento que hace la demandas se circunscribe en determinar si entre el demandante y las empresas Terminal de Accesorios EU y El Desvare del Terminal EU, existió un único contrato de trabajo entre el 1° de abril de 2001 y el 19 de abril de 2013 y si en dicho interregno, la primera fungió como simple intermediaria del vínculo contractual.

Para resolver lo pertinente, sea lo primero señalar que fueron aportados los siguientes contratos de trabajo suscritos entre el actor y las sociedades demandadas:

<i>Folio</i>	<i>Vigencia</i>	<i>Cargo</i>	<i>Empresa Contratante</i>	<i>Salario</i>
<i>207</i>	<i>Del 1° de Julio de 2005</i>	<i>Lavador</i>	<i>El Desvare del Terminal EU</i>	<i>\$381.500</i>
<i>159</i>	<i>Del 1° de Junio de 2006</i>	<i>Auxiliar de Ventas</i>	<i>Terminal de Accesorios EU</i>	<i>\$408.000</i>

De lo anterior se colige que, Alfonso Rondón Ortiz suscribió dos contratos de trabajo a término indefinido, siendo el primero de ellos, el 1° de julio de 2005, con la empresa el Desvare del Terminal EU, en el cargo de, lavador, el cual feneció el 31 de mayo de 2006 y posteriormente, del 1° de junio de 2006 al 19 de abril de 2013, mantuvo un contrato con Terminal de Accesorios EU, como auxiliar de ventas, lo que se constada, además, con la liquidación de acreencias laborales acopiadas en los folios 169 y 209.

Por otro lado, no se pasa inadvertido que, al actor le fueron efectuadas cotizaciones al sistema de seguridad social en riesgos laborales, teniendo como empleador a la empresa, el Desvare del Terminal EU, desde el 1° de abril de 2001 y hasta el 8 de marzo de 2004, y luego, entre el 9 de agosto de 2005 y el 30 de junio de 2006 y en igual sentido, se presentaron cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales, con dicho empleador, a partir del 1° de agosto de 2001 al 30 de junio de 2006 (folio 40 y 51 del archivo 1 del expediente digital), sin que exista prueba que justifique ese proceder, dado, que, no es concebible que cuatro años antes de haberse suscrito el contrato de trabajo, el demandante, ya estuviera afiliado al sistema de seguridad social, teniendo como empleador a dicha empresa. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, Isaí Castañeda Barrera, al rendir su declaración, informó que, cuando él llegó a trabajar al Desvare del Terminal, Rondón Ortiz ya se encontraba trabajando en la empresa, y que ello, fue para el año 2002 o 2003.

En segundo lugar, al estudiarse los objetos contractuales, se tiene que, estos son diferentes, así como el cargo desempeñado por el demandante, y en lo tocante al salario, este fue el mínimo legal vigente para cada época. Sin embargo, esta diferencia, resulta esencial, entre los distintos contratos celebrados, y, por tanto, se impide concluir que se trató de una única vinculación laboral. Igualmente, el accionante, al absolver interrogatorio de parte, reconoció que, suscribió contrato con las dos empresas y a la finalización de cada uno de los vínculos laborales le fueron pagadas sus respectivas liquidaciones de prestaciones sociales, lo que descarta que, tal modo de vinculación, se hubiese efectuado con el ánimo de defraudar al trabajador.

De las argumentaciones expuestas se tiene que, en efecto, el extremo inicial del vínculo laboral, acaeció el 1° de abril de 2001 y hasta el 31 de mayo de 2006, con el Desvare del Terminal EU, conllevando tal conclusión a la confirmación de la condena de pago de aportes al sistema de seguridad social entre el 1° de abril y el 31 de julio de 2001 a través del pago del cálculo actuarial y de agosto de 2002 al 30 de agosto de 2005 por los períodos que se encuentran en mora de pagar por el Desvare del Terminal EU, tal como lo señaló el a quo, en la parte motiva de la sentencia objeto de reproche.

Y, el segundo contrato se presentó desde el 1° de junio de 2006 hasta el 19 de abril de 2013, con Terminal de Accesorios EU.

Por otro lado, el apoderado de las demandadas, reprocha, la declaratoria de responsabilidad solidaria declarada por la Juez de conocimiento, al considerar que, el Desvare del Terminal EU fungió como verdadero empleador y Terminal de Accesorios como simple intermediario, argumentando para tal efecto que, las empresas son independientes y se encuentran conformadas por diferentes personas, además, que dicho punto, no fue objeto de pretensión en el libelo genitor, ya que, de haberlo sido, se hubiera hecho oposición en su debida oportunidad.

Con todo, no aparece probado que El Terminal de Accesorios EU hubiese contratado los servicios del actor a favor del Desvare del Terminal EU, sino que, ésta obró como verdadero empleador, no solo al suscribir contrato de trabajo con este (folio 159), sino al realizar la afiliación del trabajador al sistema de seguridad social (folio 161 a

164), realizar llamados de atención al trabajador, durante el decurso del vínculo contractual (folio 165 a 168), reconoció y pagó las acreencias laborales que tenía a su cargo (folio 169) y autorizó el retiro de las cesantías consignadas a su nombre ante Porvenir (fl. 171). Y jamás como contratista de El Desvare del Terminal EU o que aquella hubiera contratado al demandante para prestar sus servicios personales a ésta.

En este punto debe indicarse que, el trámite litigioso se circunscribió a reclamar la unidad de empresa entre el Desvare del Terminal EU y Terminal de Accesorios y la consecuencial declaratoria de existencia del contrato de trabajo con el respectivo reconocimiento y pago de acreencias e indemnizaciones, pero en forma alguna, se solicitó se declarara una responsabilidad solidaria entre las convocadas, siendo, un hecho nuevo, tal y como lo señala el apoderado de las demandadas al sustentar la alzada, pues, no fue tal situación objeto de fijación de litigio, ni planteamiento de la demanda, por lo que, incluirla dentro de la controversia a la hora de proferir la sentencia de primera instancia, se constituyó en una transgresión del principio de congruencia, que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo, de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubiesen sido alegadas si la ley así lo exige (artículo 281 del CGP), vulnerándose de esta manera el derecho de defensa del demandado y sin que dicha falencia pueda ser suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque, para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deban ser discutidos y probados dentro del proceso (sentencia SL3443 de 2021, SL440 de 2021 y SL2172 de 2022). Por lo precedente no hay lugar a la declaratoria de solidaridad fulminada por el juez de conocimiento.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Insiste el demandante en su apelación que, al momento de la finalización del vínculo laboral, gozaba de estabilidad laboral reforzada en atención a su condición de salud.

Para resolver esta inconformidad, la Sala advierte que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

“(…) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

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

Dicho precepto fue declarado exequible en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a 180 días de salario.

*A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360-2018 del 11 de abril de 2018 con radicación No. 53394, ha puntualizado que la disposición que protege al trabajador con discapacidad para la extinción del vínculo laboral, tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**».*

Bajo los anteriores derroteros, procede la Sala al estudio de los medios de convicción que obran en el plenario.

Encontrándose que, para el 30 de agosto de 2006, el actor fue valorado por “Controlar Salud Integral” (folio 60), se indicó que, este tenía una “presbicia corregida”, y su estado general de salud fue “bueno”.

Adicionalmente, en la historia clínica emitida por Compensar EPS, se registra para el año 2008, un padecimiento, ocasionado por un “lumbago no especificado”, posteriormente, se le diagnosticó artrosis primaria de otras articulaciones y conforme a ello, se ordenaron terapias físicas, exámenes médicos y se “enseña

cuidado de espalda e higiene postural, se envía a terapia física, se formula calcio mas vitamina d, naproxeno, control abierto según evaluación”, reincidiendo el lumbago en el año 2010, sin embargo, en la misma calenda se registró, disminución del dolor y se finaliza el tratamiento otorgado (folio 72, 74, 75).

Para octubre y noviembre de 2010, se le diagnostica con bursitis de hombro y síndrome de manguito rotador, ordenándose para el primer evento, terapias físicas y se recomendó “continuar plan casero” y ya para el año 2011, se refiere una “cervicalgia otras lesiones del hombro”, a las cuales se les asignó también un plan casero, finalizando tal tratamiento en forma idónea (folio 81, 83, 86, 89, 93).

Posteriormente, el 20 de marzo de 2012, Compensar emitió a Alfonso Rondón Ortiz, un concepto de médico ocupacional, en el que, se indicaba que tenía “discopatía cervical” y, por tanto, se recomendaba, entre otras cosas, no realizar tareas que incluyeran fuerza, halar o empujar, así como levantar cargas superiores a 10 Kilos, debía realizar pausas activar, así mismo, debía evitar flexo extensiones constantes de columna y posturas fuera de ángulos de confort para el cuello y seguir en controles médicos con la frecuencia que los médicos le indicaran, generándose la misma restricción pero esta vez por doce meses, contados a partir del 7 de marzo de 2013 (folio 64, 65).

Es así como se puede concluir, que, en efecto, al demandante, se le dieron recomendaciones médicas, para el año 2013, sin embargo, las patologías diagnosticadas y por las cuales reclama su condición de beneficiario de estabilidad laboral reforzada, contrario de constituir complicaciones considerables en su estado de salud, que haya conllevado a asistir constantemente a controles médicos o le hayan generado continuamente la expedición de incapacidades, que merezca especial protección, tal y como se puede verificar con la documental acopiada a folio 123 del expediente.

Fecha Inicio	Fecha Final	Días de Incapacidad
26/12/2007	1/01/2008	7
1/01/2008	31/01/2008	30
17/05/2011	19/05/2011	3
8/09/2011	10/09/2011	3
19/01/2012	21/01/2012	3

3/09/2012	5/09/2012	3
10/09/2012	12/09/2012	3

Adicionalmente, el mismo Alfonso Rondón en el interrogatorio de parte, fue enfático en señalar que, a la fecha del fenecimiento del vínculo contractual, no se encontraba incapacitado y que los testigos citados al proceso, Feliz Ortiz e Isaí Castañeda Barrera, informaron que, no se habían dado cuenta que el actor, presentara quebrantos en su salud.

De ahí, que se confirme la absolución impartida, respecto a la solicitud de reintegro, no sin antes acotar que el valor pagado por concepto de indemnización por despido injusto se encuentra ajustado a derecho, sin que se verifique omisión en el pago de salarios y prestaciones a la finalización del vínculo laboral, resultando improcedente condenar al reajuste de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST. Por lo concluido en apartes anteriores, se declara probada parcialmente la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

En lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que, el Desvare del Terminal EU ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. En

este orden de ideas, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, así sea de manera parcial, es viable que El Desvare del Terminal EU asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Dadas las resultas de los recursos de alzada, en esta instancia, no se fulminará condena por este concepto.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar el ordinal primero de la sentencia apelada, en el sentido de declarar la existencia de dos contratos de trabajo: el primero entre Alfonso Rondón Ortiz y la empresa El Desvare del Terminal EU, a partir del 1° de abril de 2001 y el 31 de mayo de 2006, y el segundo, entre el demandante y la empresa Terminal de Accesorios EU, a partir del 1° de junio de 2006 y el 19 de abril de 2013, de acuerdo a lo dicho en la parte motiva de la presente providencia.*

Segundo. *Revocar el ordinal tercero de la sentencia apelada.*

Tercero. *Revocar parcialmente el ordinal quinto de la sentencia apelada, y en su lugar declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación.*

Cuarto. *Confirmar en todo lo demás la sentencia recurrida.*

Quinto. *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GATTAN~~
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE