



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 29-2019-00241-01

Bogotá D.C., noviembre cuatro (4) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: MARÍA ANTONIETA NICHOLLS OREJUELA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
AFP OLD MUTUAL SA
ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 210 a 212), así como Colpensiones (folio 182 y ss.) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MARÍA ANTONIETA NICHOLLS OREJUELA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA y AFP OLD MUTUAL SA, debidamente sustentada como aparece a folios 53 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado efectuado por la señora MARÍA ANTONIETA NICHOLLS OREJUELA el día 19 de agosto de 1994 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos SA, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.
- Que como consecuencia de dicho traslado, solicita que se declare la nulidad de la afiliación que efectuó el 3 de abril de 1995 con la AFP Old Mutual SA, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.

- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la señora MARIA ANTONIETA NICHOLLS OREJUELA en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera traslado en virtud del regreso automático.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 108 a 112), Old Mutual SA (fls. 134 a 159) y COLFONDOS (fls. 169), de acuerdo al auto visible a folio 170. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de junio de 2020, **Declaró la ineficacia** de la afiliación de la señora **MARÍA ANTONIETA NICHOLLS OREJUELA**, realizada por la demandada **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA** suscrita el 19 de agosto de 1994. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Ordenó** a la demandada Old Mutual SA devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **MARÍA ANTONIETA NICHOLLS OREJUELA**, por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno de los mismos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **Ordenó** a Colpensiones a recibir de la AFP Old Mutual todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, respecto de las cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado, así como actualizar la historia laboral. Sin condena en **costas**.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) **MARÍA ANTONIETA NICHOLLS OREJUELA** el día 19 de agosto de 1994; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP OLD MUTUAL SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA, el 19 de agosto de 1994 (fl. 6), y posteriormente se trasladó a la AFP Old Mutual SA el 3 de abril de 1995 (fl. 134).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados,

a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 108 a 112), Old Mutual SA (fls. 134 a 159) y COLFONDOS (fls. 169). Colpensiones aportó expediente administrativo de la demandante. Old Mutual SA aportó: Formato de vinculación (1995), estado de cuenta Old Mutual, historia laboral consolidada. Colfondos no aportó ningún elemento probatorio.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 19 de agosto de 1994, el demandante tenía 260,29 semanas (fl. 151), y para abril de 1994 cuando entro a regir la ley 100/93, tenía 238,29 semanas cotizadas, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 28 años (nació el 1 de agosto de 1966, fl. 3) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, actualmente (tiene 1.536,86 semanas – fl. 152), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Luz Stella García (fl. 6), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de

medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP Colfondos SA el 19 de agosto de 1994, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado 29º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

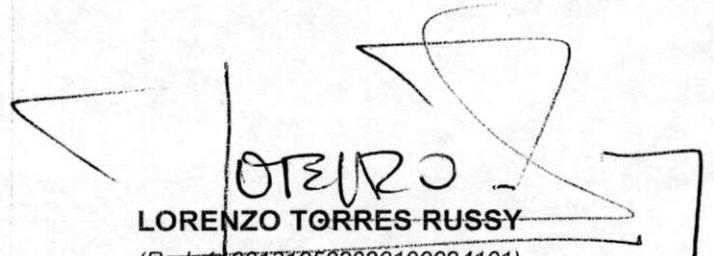
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

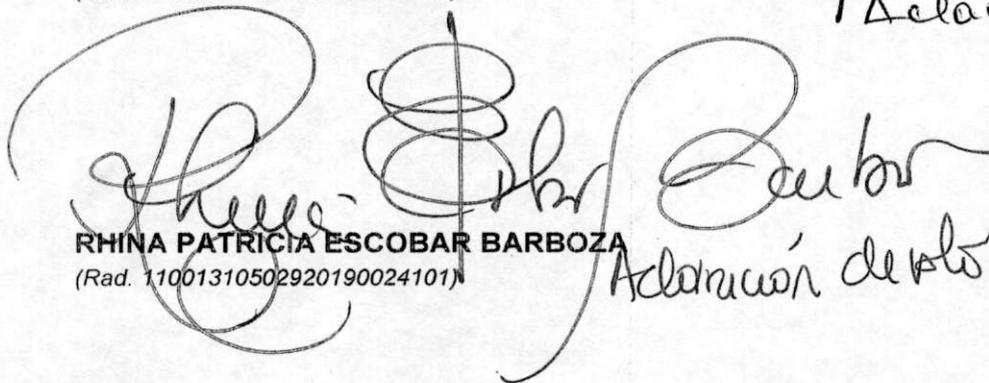
(Rad. 11001310502920190024101)



LORENZO TORRES-RUSSY

(Rad. 11001310502920190024101)

Declaración de Voto



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310502920190024101)

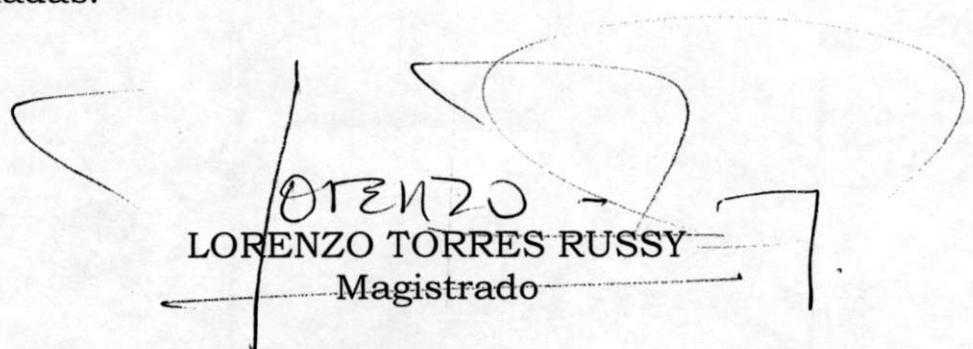
Declaración de voto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañó la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los tramites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato las ordenes de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

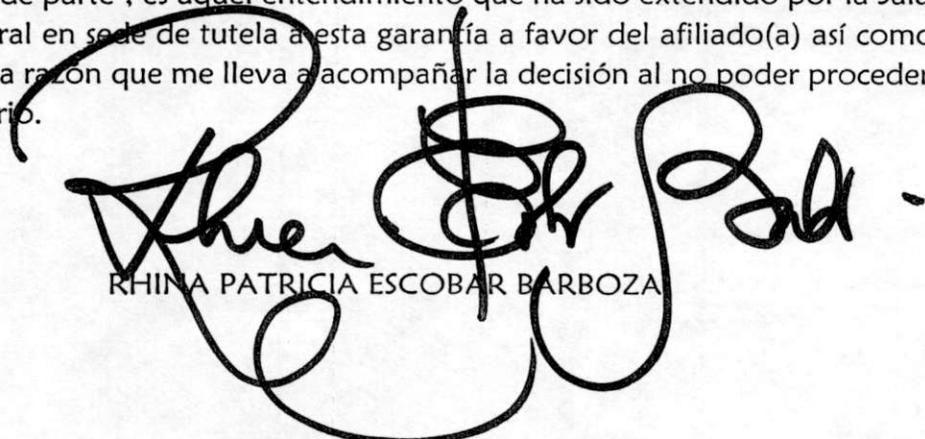
Clase de Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicación N°: 110013105029201900241-01
Demandante: MARÍA ANTONIETA NICHOLLS OREJUELA
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Sustanciador : MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto acostumbrado que le profeso a mi compañero de Sala de Decisión, me permito presentar mi aclaración de voto en los procesos de ineficacia de traslado, de forma general, dado el cúmulo de trámites que a la fecha son estudiados por esta Corporación y la necesidad de darle agilidad a los mismos.

En primer lugar, he de informar que los contornos específicos de cada caso, fueron analizados por mi persona y que entratándose de afiliados con expectativa legítima de pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la ausencia de acreditación sobre la asesoría debida, permitía consentir en la procedencia de la ineficacia.

Ahora bien, en aquellos casos en que esta magistrada analizó diligenciamientos donde se carecía de esas condiciones especiales, o bien se trataba de un afiliado no lego ora en términos generales se encontró probado el deber de asesoría – interrogatorio de parte-, es aquel entendimiento que ha sido extendido por la Sala de Casación Laboral en sede de tutela a esta garantía a favor del afiliado(a) así como su acreditación, la razón que me lleva a acompañar la decisión al no poder proceder en sentido contrario.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 02-2017-00606-01

Bogotá D.C., noviembre tres (3) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: LUZ MARINA MORENO ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
UGPP (Litisconsorte necesario)
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDADA COLPENSIONES Y PORVENIR SA //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 167 y 168), así como Colpensiones (folio 264 y ss.) y Porvenir SA (folios 223 y ss.), UGPP (fls. 258 y ss. presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) LUZ MARINA MORENO ROJAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 y 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Pretensiones declarativas:

- La nulidad de traslado y de la afiliación en pensiones de la señora LUZ MARINA MORENO ROJAS con la AFP Porvenir SA, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquél le reportaría.
- La nulidad del traslado de afiliación de la señora LUZ MARINA MORENO ROJAS con la AFP Porvenir SA, se deben trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones.

- Que la señora LUZ MARINA MORENO ROJAS es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Que la AFP Porvenir SA, debe enviar a Colpensiones, todos los detalles del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación.
- A Colpensiones que debe aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de la señora LUZ MARINA MORENO ROJAS.

Pretensiones condenatorias:

- La declaratoria de nulidad de traslado y de la afiliación de la señora LUZ MARINA MORENO ROJAS, con la AFP Porvenir SA, condena a la misma a trasladar todos los aportes, juntos con sus rendimientos a Colpensiones, por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente.
- A la AFP Porvenir SA a enviar a Colpensiones, el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de la afiliación de LUZ MARINA MORENO ROJAS.
- A Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación a la señora LUZ MARINA MORENO ROJAS, en el régimen de prima media con prestación definida, desde su fecha inicial de afiliación como beneficiaria del régimen de transición por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el acto legislativo 01 de 2005.
- Condenar a Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de la señora LUZ MARINA MORENO ROJAS.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 78 a 98) y PORVENIR SA (fls. 114 a 144), de acuerdo al auto visible a folio 145 a 148. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 2º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de junio de 2020, **Declaró la nulidad** de la afiliación y traslado de la demandante LUZ MARINA MORENO ROJAS, al régimen de ahorro individual, realizada el 10 de mayo de 2000 a Porvenir SA. **Condenó** a la AFP Porvenir SA a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dentro de los 45 días siguientes a partir de la presente diligencia, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante LUZ MARINA MORENO ROJAS, y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del CC, sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. **Ordenó** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir los aportes de la accionante LUZ MARINA MORENO ROJAS, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados a la demandante, como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático. **Declaró** que la demandante LUZ MARINA MORENO ROJAS es beneficiaria del régimen de transición, previsto en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Dadas las resultas del juicio, se **declaró no probadas** las excepciones propuestas por las convocadas a juicio, con respecto a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL UGPP, declaró probada la excepción denominada FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. **Costas** a cargo de la accionada PORVENIR SA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 4 SMLMV.

RECURSO DE APELACION

Colpensiones apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque la decisión de adoptada por parte del Juez de primer grado, teniendo en cuenta que las asesorías y el alcance de la información que se le brindó a la demandante debieron ser valoradas al momento del traslado del régimen, teniendo como cierto que el traslado de régimen se realizó en el año 2000, y solo hasta el año 2010, los fondos privados cuentan con la obligación exclusiva de especificar el consentimiento vertido en el formulario suscrito por el posible afiliado, para probar el consentimiento del posible afiliado, por lo que hasta antes del año 2010 no se exigía nada diferente a la suscripción del formulario. Debe tenerse en cuenta también el Decreto 2241 de 2010, en el que señaló en su artículo 4º los deberes de los afiliados, esto es, informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación de la información y de capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones, etc. Ahora, respecto de la carga de la prueba que establece el artículo 167 del CGP, atendiendo las particularidades del caso, señalando que dentro de la sentencia proferida en primera instancia, no se atendieron las particularidades del caso, pues exime a la demandante de aportar prueba alguna que acredite algún vicio del consentimiento para el momento de la afiliación del régimen de ahorro individual, en armonía con la sentencia C – 086 de 2016, y en ese sentido obsérvese que no se tuvo presente que en el interrogatorio de parte de la demandante indicó que no leyó los formularios que suscribió, adicionalmente, debió tenerse en cuenta la ratificación que hizo la demandante al efectuar traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, lo que se traduce que la demandante no era una afiliada lego, como lo define la CSJ, sino que era una persona altamente capaz que suscribió el formulario sin hacer reparo alguno. Insiste en la única prueba válida que rasposa dentro del plenario, consistente en el formulario de afiliación, con el que se evidencia que se brindó la información al momento de trasladarse de régimen, conforme se pregonaba en el Decreto 1642 de 1995. Así pues, señala que no existen elementos de juicio que permitan establecer error o inducción al error, como vicio del consentimiento que se aduce, y menos aún dolo, derivados de engaño por la falta de información para obtener el consentimiento en el traslado, concluyendo que las fallas de un tercero no deben ser asumidas por Colpensiones, que es la entidad que tiene la carga pensional de todos los afiliados del régimen pensional.

Por su parte, **Porvenir SA** apeló el fallo proferido en primera instancia, solicitando se declaren probadas las excepciones interpuestas, teniendo en cuenta que a la demandante se le suministro la información de manera completa, veraz, no dejando de ser ésta transparente, por el hecho de haber sido ofrecida la información de manera verbal en el año 2000, ya que esa información se produjo desde el momento de afiliación y solo desde el año 2010 se volvió obligatorio a las AFP privadas informar por escrito los beneficios puntuales y adicionalmente, informar por escrito, el monto que probablemente va a devengar, además, diversos conceptos, es perfectamente admisible que la información a que se le brinda al posible afiliada pueda hacerse de manera verbal, es decir, que Porvenir SA si cumplió con todas las obligaciones tanto reglamentarias, como por mandato legal. La decisión tomada por la demandante fue tomada de manera libre, espontánea, sin presiones, en la medida que no solo recibió la información verbal, sino que por el contrario, suscribió un formulario que cumplía con todos los requisitos vigentes, de acuerdo al artículo 11 del Decreto 692 de 1994. De igual forma, la demandante no logró probar la nulidad ni la ineficacia por cuanto la nulidad puede ser, absoluta o relativa, y no hay absoluta pues no hay objeto ni causa ilícito y tampoco cumple con los requisitos del artículo 1504 del CC, que establece que para ser incapaz absoluto debe ser dementa, sordomudo, entre otras; respecto de la nulidad relativa, sabemos que existen los vicios del consentimiento, error, fuerza o dolo, y frente a la ineficacia, la demandante no logro acreditar que existió algún

tipo de ilegalidad dentro de la afiliación y traslado que se produjo al raíz. Respecto del error, debe ponerse de presente que es evidente que lo que motivó a la demandante a solicitar la nulidad del traslado, es el supuesto de hecho de cumplir unas expectativas de carácter funcional, siendo así pongo de presente que la CSJ ha explicado en reiteradas oportunidades, que no puede ponerse de presente el hecho de no cumplir con las expectativas del derecho pensional por parte del demandante, como un error o un engaño por parte de las AFP privadas. Así mismo, es evidente que la demandante realizó actos de relacionamiento que no solamente conocía que podía trasladarse al RPM, sino que realizó traslados entre las administradoras del RAIS, demostrando así permanencia e intención de quedarse en el RAIS. De igual forma, al no estar dentro de una relación de carácter contractual, sino de carácter administrativo, no se puede considerar que existe una posición dominante o posición de desigual, frente a las partes, teniendo en cuenta que no se puede aceptar la ignorancia o desconocimiento de la Ley como excusa, contrario a lo que dice el artículo 9º de la Constitución Nacional. De igual forma, las acciones para reclamar la nulidad se encuentran prescritas, toda vez que, una cosa es el derecho pensional, el cual puede llegar a adquirirlo en el RAIS y otra cosa es, el hecho de ineficacia del acto. En el evento en que el superior llegase a declarar la ineficaz, señala que no se cumple con los requisitos porque no hay una ilegalidad, y en ese sentido, debe entenderse que el vínculo nunca existió, y en consecuencia, su dinero nunca estuvo en la cuenta de ahorro individual, tampoco se pudieron generar sus rendimientos, por lo tanto no hay lugar a devolver éstos dineros, así como tampoco los gastos de administración que se ordenan reintegrar, no es posible, porque la consecuencia es que el vínculo no existió, y al ya haber sido utilizados los gastos de administración, protegiendo la contingencias y los recursos de la demandante, generando un detrimento patrimonial a Porvenir y un enriquecimientos sin justa causa a Colpensiones. Ahora, si se llegase a declarar la nulidad de traslado por parte del superior, los efectos de la nulidad recaen sobre la persona que haya hecho la inversión, en este caso la demandante.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) LUZ MARINA MORENO ROJAS el día 10 de mayo de 2000; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 10 de mayo de 2000, con efectividad a partir del 1 de julio de 2000, posteriormente, se trasladó a la AFP HORIZONTE SA el 27 de julio de 2001, con efectividad a partir del 1 de septiembre de 2009, y dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP PORVENIR SA a partir del 1º de enero de 2014 (fl. 125).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los

jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 78 a 98) y PORVENIR SA (fls. 114 a 144). Colpensiones aportó historia laboral y expediente administrativo de la demandante. Porvenir SA aportó: certificación, formatos de vinculación (2000 y 2001), historia de vinculaciones del SIAFP, relación de aportes, sábana para bono pensional, comunicados de prensa.

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

Claramente para el momento del traslado 10 de mayo de 2000, el demandante tenía 950 semanas (fl. 52), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 35 años (nació el 24 de marzo de 1959, fl. 19) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad en el año 2016 (tiene 1.825 semanas – fl. 52), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Jesús Botero (fl. 123), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de

medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 10 de mayo de 2000, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

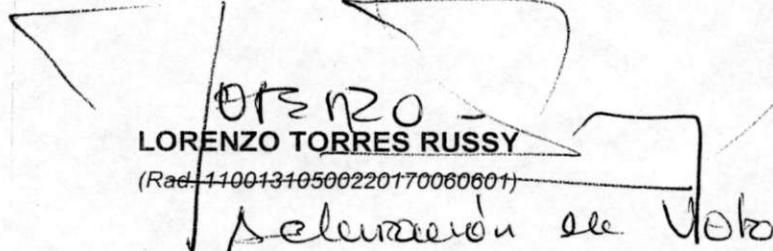
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



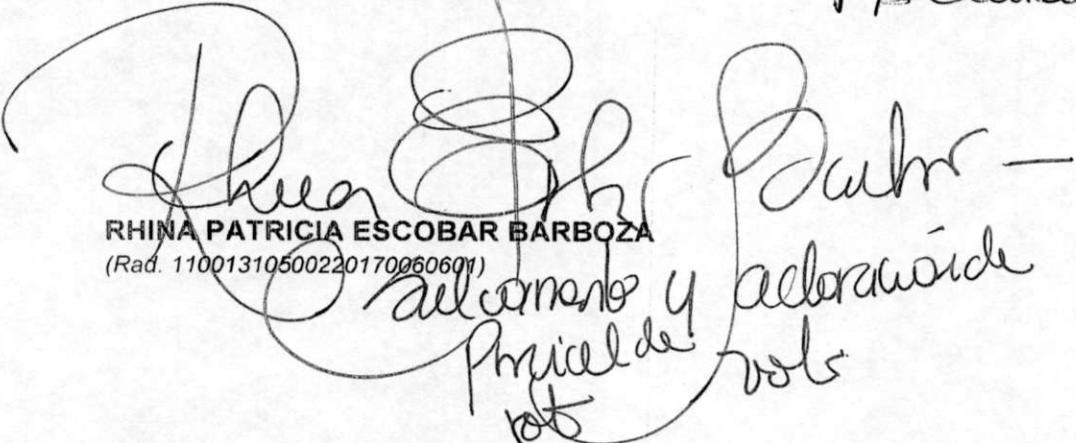
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500220170060601)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310500220170060601)
Selección de voto



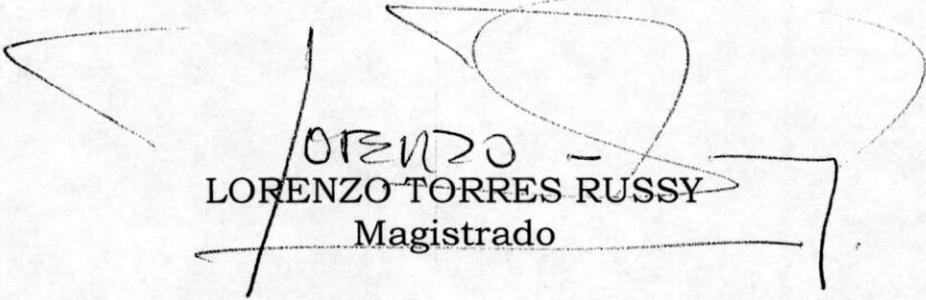
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310500220170060601)
del voto y del voto
Primer de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañó la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los tramites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato las ordenes de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 29-2019-00543-01

Bogotá D.C., noviembre cuatro (4) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP COLFONDOS SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE // CONSULTA**
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 237 a 239), así como Colpensiones (folio 190 a 196), Protección SA (fls. 222 a 228) y Colfondos SA (folios 216 a 219) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA** y **AFP PROTECCIÓN SA**, debidamente sustentada como aparece a folios 95 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Pretensiones principales:

- Declarar la nulidad o ineficacia según se demuestre, del traslado de la señora **MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL** del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que resulta nula o ineficaz sus afiliaciones a las entidades demandadas.
- Declarar que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, advirtiendo que, no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al régimen de

ahorro individual no puede producir efectos, al no haberse realizado en forma libre y espontánea.

- Condenar a las entidades demandadas, la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.
- Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación de la señora MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al régimen de prima media con prestación definida; recibir los aportes y rendimientos devueltos por las entidades demandadas; y finalmente actualizar y corregir la historia laboral de la parte demandante y ponerla a su disposición.
- Condenar a las entidades demandadas, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estima en 200 SMLMV, o la suma que el Juez considere.
- Costas procesales

Pretensiones subsidiarias:

- Declarar como inexistente el actor por medio del cual la señora MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que resultan inexistentes las afiliaciones a las entidades demandadas.
- Declarar que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al régimen de ahorro individual no puede producir efectos, al no haberse realizado en forma libre y espontánea.
- Ordenar a las entidades demandadas, la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.
- Ordenar a Colpensiones a reactivar la afiliación de la señora MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al régimen de prima media con prestación definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por las entidades demandadas; y finalmente actualizar y corregir la historia laboral de la parte demandante y ponerla a su disposición.
- Condenar a las entidades demandadas, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estima en 200 SMLMV, o la suma que el Juez considere.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLFONDOS (fls. 95 a 115), COLPENSIONES (fls. 169 a 176) y PROTECCIÓN SA (fls. 122 a 168), de acuerdo al auto visible a folio 179. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de junio de 2020, **Declaró la ineficacia** de la afiliación de la señora MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL realizada ante Colfondos SA el 10 de mayo de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia declaró que para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el

régimen de prima media con prestación definida. **Ordenó** a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **Ordenó** a Colpensiones a recibir de Protección SA todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. Sin **costas** en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque la decisión de condenar costas procesales por parte del Juez de primer grado, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda fueron controvertidas por las demandadas, y se opusieron a las mismas, siendo una consecuencia directa de poner en movimiento el aparato jurisdiccional, y de la controversia surgida en las instancias judiciales, y de conformidad con el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, resaltando que este proceso se hubiera podido evitar si los fondos privados hubiesen hecho una debida asesoría y se hubiera impartido una correcta información a la demandante.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL el día 10 de mayo de 1994; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCIÓN SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA, el 10 de mayo de 1994, con efectividad a partir del 1 de junio de 1994, posteriormente, se trasladó a la AFP ING el 3 de marzo de 2000, con efectividad a partir del 1 de mayo de 2000, y dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP Protección SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 128).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo *doctrinariamente* la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLFONDOS (fls. 95 a 115), COLPENSIONES (fls. 169 a 176) y PROTECCIÓN SA (fls. 122 a 168). Colfondos aportó comunicados de prensa. Protección SA aportó: resumen historia laboral para bono pensional, reporte estado de cuenta Protección SA, historia de vinculaciones del SIAFP, respuesta a derecho de petición, reporte semanas cotizadas, hoja de vida, políticas asesorar para vincular personas naturales, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de mayo de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 10 de mayo de 1994, el demandante tenía 272,57 semanas (fl. 132), y para abril de 1994 cuando entro a regir la ley 100/93, tenía 273 semanas cotizadas, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 36 años (nació el 25 de marzo de 1958, fl. 4) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad en el año 2015 (tiene 1.518,14 semanas – fl. 132), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Manuel Ricardo Mantilla (fl. 5), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la

vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP Colfondos SA el 10 de mayo de 1994, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente la parte demandante presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de junio de 2020 por el Juzgado 29º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

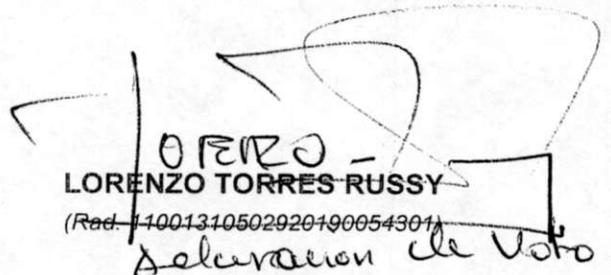
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



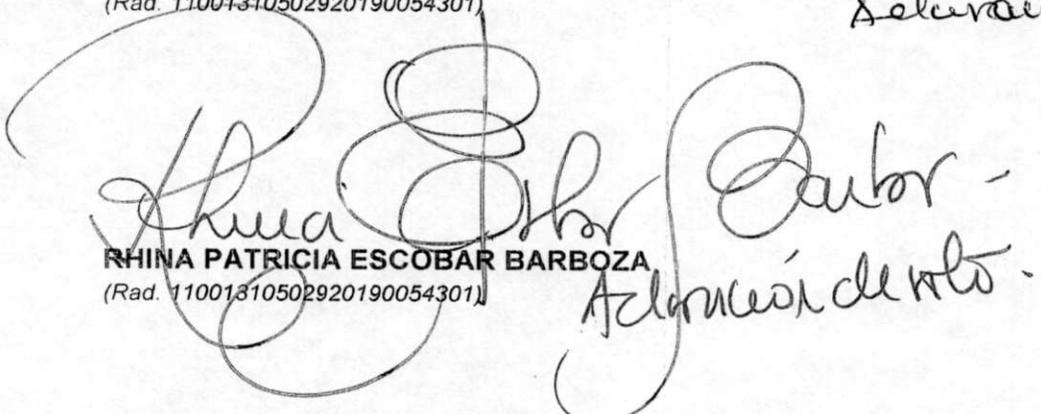
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502920190054301)



LORENZO TORRES-RUSSY
(Rad. 11001310502920190054301)
Aclaracion de voto.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310502920190054301)

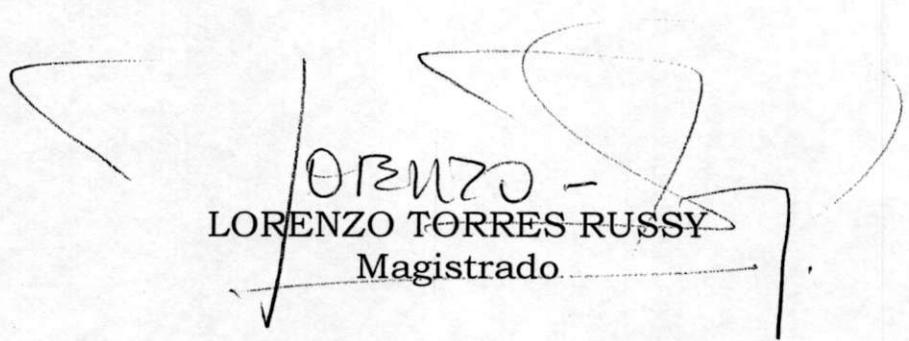
Aclaracion de voto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompañé la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los trámites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato las ordenes de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

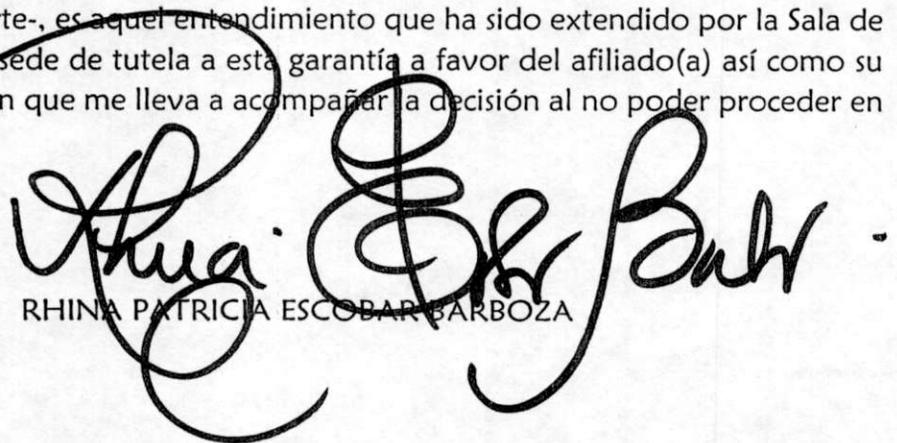
Clase de Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicación N°: 11001310529201900543-01
Demandante: MARÍA CRISTINA DUQUE BERNAL
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Sustanciador : MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

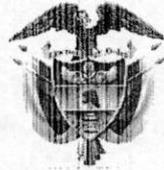
Con el respeto acostumbrado que le profeso a mi compañero de Sala de Decisión, me permito presentar mi aclaración de voto en los procesos de ineficacia de traslado, de forma general, dado el cúmulo de trámites que a la fecha son estudiados por esta Corporación y la necesidad de darle agilidad a los mismos.

En primer lugar, he de informar que los contornos específicos de cada caso, fueron analizados por mi persona y que entratándose de afiliados con expectativa legítima de pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la ausencia de acreditación sobre la asesoría debida, permitía consentir en la procedencia de la ineficacia.

Ahora bien, en aquellos casos en que esta magistrada analizó diligenciamientos donde se carecía de esas condiciones especiales, o bien se trataba de un afiliado no lego ora en términos generales se encontró probado el deber de asesoría – interrogatorio de parte-, es aquel entendimiento que ha sido extendido por la Sala de Casación Laboral en sede de tutela a esta garantía a favor del afiliado(a) así como su acreditación, la razón que me lleva a acompañar la decisión al no poder proceder en sentido contrario.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 34-2018-00122-01

Bogotá D.C., noviembre cuatro (4) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **PAULINO MOYANO MAHECHA**
DEMANDADO: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**
ASUNTO : **APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de marzo de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **PAULINO MOYANO MAHECHA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 20 y 21):

- 1) Declarar que el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** es el ente obligado al pago de la pensión causada por el demandante, por el tiempo prestado a los hoy extintos **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.
- 2) Condenar al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** al reconocimiento y pago a favor del demandante de la indexación de su pensión plena de jubilación con efectividad a partir de la fecha en la que empezó el goce de dicho derecho a la pensión plena de jubilación, es decir, cuando aquel arribó a la edad de los 50 años.

- 3) Condenar al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al reconocimiento y pago a favor del actor, de las diferencias de pensión resultantes de la aplicación de la indexación mencionada en el numeral anterior, hasta la fecha de la inclusión en nómina de esta novedad, esto sin perjuicio de la aplicación de los reajustes pensionales anuales de Ley.
- 4) Costas procesales.

La entidad demandada contestó la demanda (fls. 55 a 60 y 74 a 81) de acuerdo al auto visible a folio 82. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 34° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 5 de marzo de 2020. **ABSOLVIÓ** a la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor PAULINO MOYANO MAHECHA, **COSTAS** a cargo del señor PAULINO MOYANO MAHECHA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL: Solicita se revoque la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que como quedó acreditado la calidad de pensionado del demandante, de acuerdo a lo normado por los Decretos 895 y 651 de 1991, que su retiro fue el 30 de mayo de 1991, nació el 16 de diciembre de 1950, y que la jubilación plena le fue reconocida mediante resolución 0060 del 10 de enero de 2001, a partir del 16 de diciembre de 2001, razón por la cual, transcurrió un tiempo y debe revisarse el IPC de diciembre de 1991 y diciembre de 2001 y el monto nos arroja un monto mayor que el que le arroja a la Juez de primera instancia, así mismo, no debe perderse de vista que la indexación tiene como objetivo preservar el valor adquisitivo de la mesada pensional, dado que el reajuste anual se refleja en la operación de reajuste de pensión, en cambio la indexación se tienen que tomar unos extremos, tales como la fecha de retiro y la fecha en que empieza el goce de la pensión de jubilación, cuando llegó a la edad de 50 años. Art. 7 y 3 del Decreto 895 de 1991, se toma el promedio de los últimos 6 meses, y se traslada a la fecha que el pensionado cumpla 50 años de edad, y se aplique la tasa de reemplazo del 75%, y en ese sentido, si el demandante se retiró el 30 de mayo de 1991 y solo hasta el 16 de diciembre de 2001 comenzó a recibir la mesada pensional, es lógico que en este interregno de tiempo, la mesada pensional pudo haber perdido poder adquisitivo o capacidad, por lo que procede la indexación de primera mesada pensional.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si le asiste el derecho al señor PAULINO MOYANO MAHECHA a indexar la primera mesada de la pensión plena de jubilación que le fue reconocida por parte de FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

STATUS DE PENSIONADO:

En lo que respecta a la calidad de pensionado del demandante, no existe duda al respecto, como quiera que a folios 13 y 14 obra resolución No 0716 del 25 de junio de 1991 el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció **pensión mensual vitalicia de carácter especial** al actor efectiva a partir del retiro efectivo del servicio, con fundamento en el artículo 7°, 9° y 10° del Decreto Ley 895 del 3 de abril de 1991, efectiva a partir del 30 de mayo de 1991, con fundamento en el artículo 11 del Decreto – Ley No. 895 de 1991, esto es, al término de la finalización de la relación laboral. Así mismo, se indicó que el actor *“tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del 75% del salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio, con los reajuste anuales pertinentes, al cumplir 50 años de edad los hombres y las mujeres”*.

Posteriormente, que mediante resolución No. 002278 del 28 de diciembre de 1992, la entidad accionada, modificó la cuantía de la mesada pensional al señor PAULINO MOYANO MAHECHA en la suma de \$115.522,94 a partir del 30 de mayo de 1991 (fl. 15 y 16).

Finalmente, que mediante resolución No. 0060 del 10 de enero de 2001, la entidad demandada ordenó modificar la resolución No. 0716 del 25 de junio de 1991, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de la **pensión plena de jubilación**, a partir del 16 de diciembre de 2000, fecha inmediata en que el actor cumplió con el requisito de 50 años de edad. En dicho acto administrativo, se indicó además que el demandante sería incluido en nómina de pensionados del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia, en un monto del 75% (fls. 17 y 18).

CORRECCIÓN MONETARIA O INDEXACIÓN DEL SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN

En punto considera la Sala que la CORRECCIÓN MONETARIA o INDEXACIÓN del SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN comporta un derecho de naturaleza irrenunciable dada su íntima conexión con el salario base de liquidación de la pensión y que al tenor de lo previsto en la Ley 100 de 1993 debe ser actualizado.

Así pues, puede señalarse en forma razonable que el derecho a la indexación es immanente a la pensión, y de cara a los nuevos pronunciamientos jurisprudenciales respecto de la temática, lo previsto en nuestra Carta Política de 1991, y los derechos de carácter constitucional como sin duda lo son los referidos a las pensiones dada su innegable pertenencia a los derivados de la Seguridad Social, la renuncia a ellos se exhibe como ineficaz.

Pues bien, con fundamento en lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, en sentencia No. Rad. 47709 del dieciséis (16) de octubre del 2013, con ponencia del H. Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, indicó que independientemente de la fecha en que se haya causado el derecho a la pensión, absolutamente todas las prestaciones deben ser **indexadas** de acuerdo a la fórmula explicada en la sentencia No. Rad. 30602 del trece (13) de diciembre del 2007.

Ahora, nuestro máximo Tribunal en sentencia con radicación No 45618 del 12 de agosto de 2014 adoctrinó que al aplicar la fórmula para indexar se debe tener cuenta que el IPC Final corresponde Índice de Precios al Consumidor «**de la última anualidad en la fecha de pensión**» y el IPC inicial es el del Índice de Precios al Consumidor «**de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador**». Al efecto pueden consultarse además las sentencias de la CSJ SL 857 – 2013. CSJ SL, 24 enero. 2008, rad. 32002. CSJ SL, 13 dic. 2007, rad. 31222, entre otras.

Aclarado lo anterior, se tiene que mediante resolución No 0716 del 25 de junio de 1991 la entidad accionada reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter **especial** indicando que la misma se haría efectiva a partir del día en que se produjera el retiro definitivo de la empresa, resaltando que de conformidad con el documento denominado “relación de tiempo de servicios”, el actor laboró hasta el 28 de mayo de 1991, conforme liquidación de prestaciones sociales vista a folio 12 del plenario, sin que por tanto exista discusión al respecto.

Así las cosas, ha de precisarse que si bien en la resolución en comento no se indicó el valor de la primera mesada pensional, así como tampoco la orden de inclusión en nómina de pensionados, lo cierto es que de conformidad con la documental visible a folios 15 y 16, se tiene acreditado que al Sr. Paulino Moyano, le fue reconocida una mesada pensional de \$110.175,44 a partir del 30 de mayo de 1991 en resolución 0716 del 25 de junio de 1991, la cual fue modificada en resolución No. 002278 del 28 de diciembre de 1992, en la suma de \$115.522,94 a partir del 30 de mayo de 1991 y la misma fue re-liquidada en una **pensión plena de jubilación** mediante resolución No. 060 del 10 de enero de 2001 por haber arribado a la edad de 50 años de edad, en cuantía de \$736.390,74 a partir del 16 de diciembre de 2000 (fls. 17 y 18).

Teniendo en cuenta lo anterior, queda acreditado de ésta manera que en cumplimiento de la edad, la prestación reconocida a favor del demandante fue re-liquidada a efectos de aplicar el 75% de tasa de reemplazo, sin que se pueda entender que hasta la expedición de la resolución No. 060 del 10 de enero de 2001 le fue reconocida y pagada al actor la mesada pensional, pues contrario a lo considerado por el recurrente, la pensión fue reconocida a partir del día en que se retiró del servicio con la resolución No 0716 del 25 de junio de 1991.

En consecuencia, **NO** puede afirmarse que la primera mesada pensional reconocida fue a partir del 16 de diciembre de 2000, esto es, con la expedición de la resolución reconocedora de la pensión plena de jubilación, y que la misma sufrió una pérdida de poder adquisitivo o devaluación de la moneda que amerite la indexación del valor reconocido, pues tal y como ya se manifestó, el retiro se produjo el 28 de mayo de 1991, y una vez cumplió 50 años de edad se re-liquidó la prestación que venía siendo cancelada al actor a efectos de aumentar el porcentaje al 75%, esto es, se modificó en éste aspecto, por lo que no puede pretenderse indexar la mesada pensional a partir de la re-liquidación, esto es, a partir del año 2000, como quiera que ésta no fue la primera mesada pensional cancelada al actor, sino que por el contrario, la mesada reconocida obedeció al año 1991, con el reconocimiento y pago de la primera mesada pensional, la cual no sufrió devaluación en la moneda, pues su retiro se produjo días antes de que le fuera reconocida la prestación, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** la decisión absolutoria proferida en primera instancia, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

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

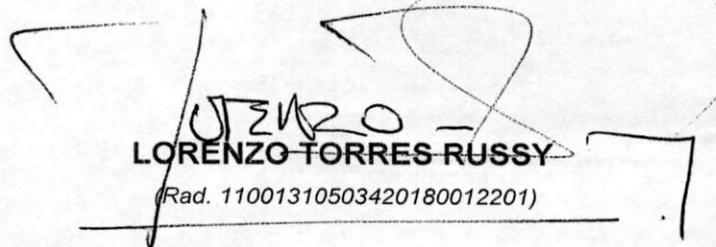
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

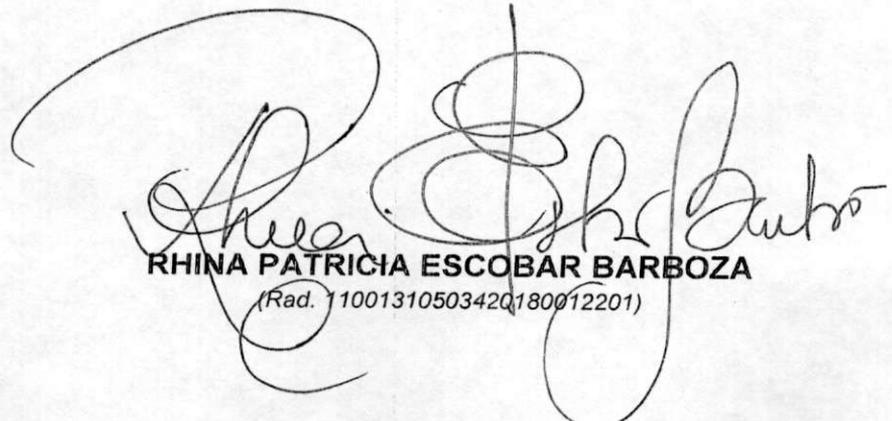
Ponente

(Rad. 11001310503420180012201)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503420180012201)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503420180012201)



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2016-00746-02

Bogotá D.C., noviembre cuatro (4) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA
DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO
TEMPORALES UNO A BOGOTA SAS (Solidariamente)
LIBERTY SEGUROS SA (Llamada en Garantía)
ASUNTO : APELACION PARTE DEMANDANTE Y PARTE
DEMANDADA (FONDO NACIONAL DEL AHORRO)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y parte demandada (Fondo Nacional del Ahorro), en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de diciembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 766 y ss.), así como de FONDO NACIONAL DE AHORRO (folio 760 a 763) y Liberty Seguros (fls. 775 a 746) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 88 a 90):

Pretensiones declarativas:

- 1) Que con ocasión al vínculo contractual sostenido como trabajadora en misión bajo la figura de obra o labor determinada a través de la empresa

TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS entre el 22 de agosto de 2011 hasta el 24 de septiembre de 2013, se declare la existencia de una relación laboral entre la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

- 2) Que el contrato de trabajo celebrado con la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA fue terminado unilateralmente sin justa causa por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.
- 3) Que la empresa TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS actuó como simple intermediaria a luz del artículo 35 del CST.

Pretensiones condenatorias:

- 1) Al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a la empresa TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA la diferencia salarial devengada por ella como trabajadora en misión en relación con los empleados de planta en la entidad por el tiempo de vigencia del contrato laboral.
- 2) Al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA los aportes a seguridad social en salud desde el 22 de agosto de 2011, hasta la fecha efectiva del pago de la sentencia, con el salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban funciones similares.
- 3) Al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA los aportes a seguridad social en pensión desde el 22 de agosto de 2011, hasta la fecha efectiva del pago de la sentencia, con el salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban funciones similares.
- 4) Al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA las cesantías desde el 22 de agosto de 2011, hasta la fecha efectiva del pago de la sentencia, con el salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban funciones similares.
- 5) Al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA los intereses a las cesantías desde el 22 de agosto de 2011, hasta la fecha efectiva del pago de la sentencia, con el salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban funciones similares.
- 6) Al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA a las primas legales desde el 22 de agosto, hasta la fecha efectiva del pago de la sentencia, con el salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban funciones similares.
- 7) Al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA las vacaciones desde el 22 de agosto de 2011, hasta la fecha efectiva del pago de la sentencia con el salario correspondiente a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban funciones similares.

- 8) AI FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA la sanción establecida en el artículo 64 del CST por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.
- 9) AI FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS a pagar a la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA la sanción establecida en el artículo 65 del CST, por el incumplimiento del pago de los salarios y las prestaciones sociales adeudadas a la terminación del contrato.
- 10) Que se reconozca la indexación sobre las sumas establecidas en las pretensiones segunda a séptima del presente acápite.
- 11) Costas procesales.

El **Fondo Nacional del Ahorro** contestó la demanda (fls. 129 a 197 y 579 a 581), así como **Temporales Uno – A Bogotá SAS** (fls. 246 a 399 y 401 a 578), de acuerdo al auto visible a folio 603. Se opuso a las pretensiones de la demandante, proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 31 de mayo de 2018, se aceptó el llamamiento en garantía que elevó la parte demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, respecto de la aseguradora LIBERTY SEGUROS SA (fl. 603)

LIBERTY SEGUROS SA contestó la demanda y el llamado en garantía (fls. 612 a 641 y 643 a 647), de acuerdo al auto visible a folio 642 y 648. Se opuso a las pretensiones de la demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de diciembre de 2019. **DECLARÓ** que entre la demandante NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió una relación laboral regida por tres contratos de duración de la obra o labor en los siguientes periodos:

- 22 de agosto de 2011 al 13 de marzo de 2012.
- 14 de marzo de 2012 al 30 de enero de 2013.
- 01 de febrero de 2013 al 24 de septiembre de 2013.

DECLARÓ que TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS actuó como simple intermediaria. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones en su contra. **COSTAS** a cargo de la parte demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de ellas. **ABSOLVIÓ** a LIBERTY SEGUROS SA de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

PAGO PRESTACIONES SOCIALES: Señala que si bien se encuentra de acuerdo con la declaratoria de la existencia de una única relación laboral, lo cierto es que manifiesta su inconformidad respecto de declarar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como un simple intermediario, y adicional a lo anterior, se niegan las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se contó con material probatorio suficiente para demostrar la diferencia salarial recibida por la demandante, en comparación con un trabajador de planta del FNA, y en ese sentido, si bien hay carencia de las mismas dentro del expediente, lo cierto es que dichas pruebas fueron decretadas en audiencia del 14 de mayo de 2019 y fueron requeridas nuevamente al FNS el 15 de julio de 2019, haciendo caso omiso al requerimiento efectuado por el Juzgado, pues resalta que la respuesta allegada por el FNA solo indica que no hay funciones específicas para el cargo comercial desempeñado por la demandante, cosa que no es cierta porque el FNA no puede desconocer que tiene conocimiento de las funciones desarrolladas en el área comercial, dado que en una de las respuestas del representante legal señala "verificar las bases de datos de la planta global de trabajadores oficiales de la oficina comercial", aceptando que la actora estuvo en ésta área, y allega un cuadro donde se identifican todos los trabajadores o cargos que se desempeñan dentro de ésta área y sus respectivos salarios, pudiendo notar que tiene conocimiento de las funciones desempeñadas por la demandante, en el área comercial.

De igual forma, si bien el representante legal del FNA señaló que no existía dentro de la estructura interna del FONDO NACIONAL DEL AHORRO el cargo de comercial que desempeñó la señora Nubia Rosero, lo cierto es que, al revisar la Convención Colectiva de Trabajo, documento que no se allega, pero que es de conocimiento público, se observa que el cargo que desempeñó la demandante se encuentra vigente en la CCT a efectos de reconocer y pagar prestaciones convencionales.

La **parte demandada (FONDO NACIONAL DEL AHORRO)** presentó recurso de apelación:

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO: Solicita se modifique el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se declare que el verdadero contrato de trabajo existió entre la demandante y la empresa de servicios temporales, trayendo a colación el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, que establece que los trabajadores vinculados por las empresas de servicios temporales, como en el presente asunto, son trabajadores de las empresas de servicios temporales, resaltando que no se reúnen los elementos esenciales del contrato de trabajo con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pues el elemento de subordinación, elemento esencial del contrato de trabajo que hubiese podido ejercer el FONDO NACIONAL DEL AHORRO a la demandante, de dio por una subordinación delegada, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 1997, en la que señala que la empresa usuaria ejerce potestad de subordinación frente a los trabajadores

en misión, pero no por el hecho propio sino en virtud de delegación o representación de las empresas de servicios temporales.

Ahora, otro elemento esencial es lo que tiene que ver con la remuneración, el cual no se aplicaría en el caso en concreto, teniendo en cuenta que la remuneración fue cancelada por su empleadora TEMPORALES UNO – A BOGOTA SA, con quien suscribió el contrato de trabajo.

Por otro lado, fue la empresa de servicios temporales UNO – A BOGOTA SA, fue la que afilió a la demandante al Sistema de Seguridad Social, pues a ella era a quien le pedía certificaciones, le presentó la carta de terminación, era quien le pagaba las prestaciones, vacaciones, y le liquidó cada uno de los contratos de trabajo, por lo que, al no reunirse los elementos de un contrato de trabajo, solicita se revoque la existencia del contrato de trabajo.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si hay lugar a declarar la existencia de un vínculo laboral entre la demandante NUBIA ROSA ROSERO y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, entre el 22 de agosto de 2011 hasta el 24 de septiembre de 2013. **2.** En caso afirmativo, si hay lugar al reconocimiento de la diferencia salarial devengada por la demandante como trabajadora en misión, respecto de los trabajadores de planta del Fondo Nacional del Ahorro. **3.** En consecuencia, si procede el reconocimiento y pago de las acreencias legales y vacaciones a que hayan lugar.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y EXTREMOS TEMPORALES

Por razones de método en primer término analizará la Sala el recurso de apelación formulado por la demandada, el cual se centra en manifestar su inconformidad en lo que respecta a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, teniendo en cuenta que no se reúnen los elementos esenciales del mismo, toda vez que respecto de la subordinación, elemento esencial del contrato de trabajo, que hubiese podido ejercer el FONDO NACIONAL DEL AHORRO a la demandante, de dio por una subordinación delegada, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 1997, en la que señala que la empresa usuaria ejerce potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, pero no por el hecho propio sino en virtud de delegación o representación de las empresas de servicios temporales. En lo que tiene que ver con la remuneración, el cual no se aplicaría en el caso en concreto, teniendo en cuenta que la remuneración fue cancelada por su empleadora TEMPORALES UNO – A BOGOTA SA, con quien suscribió el contrato de trabajo. Y finalmente, fue la empresa de servicios temporales UNO – A BOGOTA SA, fue la que afilió a la demandante al Sistema de Seguridad Social, pues a ella

era a quien le pedía certificaciones, le presentó la carta de terminación, era quien le pagaba las prestaciones, vacaciones, y le liquidó cada uno de los contratos de trabajo, por lo que, al no reunirse los elementos de un contrato de trabajo, solicita se revoque la existencia del contrato de trabajo.

En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia como la SL4702-2018, reiterando que en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el juez del trabajo debía verificar, a través de las pruebas aportadas al proceso, si la ejecución del contrato civil o comercial formalmente pactado entre las partes, siguió o no las pautas en el previstas, o en caso de no constatarse, al realizarse una actividad personal a favor del beneficiario de la obra, esta se presume regida por un contrato de trabajo, por lo que no basta alegar que la prestación del servicio se daba en virtud de lo formalmente pactado, sino que debía verificarse la manera en que en la realidad se ejecutaron las labores.

Expresamente, en la providencia se indicó:

“Sin embargo, como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, el verdadero vínculo contractual desarrollado entre las partes no se puede establecer a partir del documento o texto del contrato que precisamente se cuestiona por considerar que no fue ejecutado en los términos pactados, por ello es indispensable auscultar cómo se ejecutó en realidad, la relación que existió entre las partes.

Por ende, no resulta suficiente aducir la existencia del acuerdo formalmente pactado entre las empresas demandadas, para desvirtuar la conclusión del Tribunal, quien encontró acreditado que en realidad no se ejecutó tal convenio, sino una relación de intermediación laboral, pues quien ejerció el poder subordinante en los términos del artículo 23 del CST, fue la contratante Locería Colombiana S.A.

Debe recordarse que en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, el juez del trabajo debe constatar, a través de las pruebas aportadas al proceso, si en la ejecución del contrato civil o comercial formalmente pactado entre las partes, se siguieron o no las pautas en él previstas. Lo anterior, porque de no atenderse tales parámetros y acreditarse la realización de una actividad personal a favor del beneficiario de la obra, ésta se presume regida por un contrato de trabajo. De ahí, que no sea posible derivar cuál fue la verdadera relación surgida entre las partes, del documento formal elaborado por ellas, pues lo que se controvierte precisamente es la manera cómo el acuerdo contractual fue ejecutado en realidad y no en qué forma se pactó.

En ese orden, el contrato civil de prestación de servicios independientes solamente da prueba de su celebración, pero no de la forma como se ejecutó, aspecto que debe indagarse a través de los otros medios de convicción, para determinar, en la realidad, cuál fue la naturaleza de la vinculación, ya que

este documento solo refleja su aspecto formal, más no la manera cómo en la práctica se cumplieron los servicios contratados.”

Lo anterior se predica en las mismas condiciones respecto de la empresa de servicios temporales, pues debe verificarse que la contratación de la demandada bajo esa modalidad, operó o no por las situaciones legalmente consagradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

En ese sentido, de conformidad con el artículo 71° de la Ley 50 de 1990 establece la definición de Empresa de Servicios Temporales:

Artículo 71°. *Es Empresa de Servicios Temporales "EST" es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador.*

Así mismo, el artículo 74 ibídem indica que los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

En ese orden de ideas, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 establece que los usuarios

ARTÍCULO 77. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. *Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*

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

A su turno, el párrafo del artículo 2 del Decreto 503 de 1998, indica lo siguiente:

“Párrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente Decreto.”

Así las cosas, para resolver la controversia son pertinentes los artículos 34 y 35 del CST mediante los cuales el legislador definió las características y los efectos que tienen, en las relaciones de trabajo, las figuras del *contratista independiente* y del *simple intermediario*.

Según el artículo 34, el *contratista independiente* es un verdadero empleador. En consecuencia, los trabajadores que le prestan servicios están sometidos al régimen legal y convencional que a él corresponda, y no se les pueden extender los beneficios convencionales de los que gozan los trabajadores de quien lo contrató. Sobre la materia es claro el artículo 34 del numeral 1º parte final al disponer *solidaridad* del contratante frente a las obligaciones que han surgido a cargo del contratista independiente, y no al revés. Por ello, una vez sea declarada válidamente la figura del *contratista independiente*, sus trabajadores no podrán reclamar del *contratante* obligaciones diferentes a las que surgieron a cargo de quien fue su empleador (el contratista independiente), aunque exista solidaridad.

Por su parte, el artículo 35 del CST define como *simples intermediarios*, a las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. El simple intermediario no es entonces un empleador, y por ello las obligaciones que surjan en favor de los trabajadores que contrató se entienden radicadas en cabeza de la persona natural o jurídica que se benefició del servicio. Dichas obligaciones surgirán de las mismas normas legales y convencionales que regulan las relaciones de trabajo que ejecuta ese empleador con los trabajadores que contrató directamente.

Ahora bien, para discernir adecuadamente cuales son los límites entre una y otra figura en casos puntuales, la última norma citada (artículo 35 CST) estableció claramente quienes se consideran simples intermediarios. Dice el artículo 35 que tienen esta calidad “*aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo*”.

En este orden de ideas, si se demuestra en el proceso que la persona natural o jurídica que afirma ser un empresario independiente, agrupó o coordinó los servicios de trabajadores, utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del contratante, para beneficio de éste, y si esos trabajadores desarrollaron actividades ordinarias inherentes o conexas a las actividades del contratante, el juez está obligado a declarar, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), que el verdadero empleador fue quien se benefició de los servicios.

Por tanto acomete la Sala el estudio minucioso del material probatorio aportado a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos

indicados en la demanda, o si como lo alegan la demandada no se acreditaron los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Descendiendo al *sub lite* encuentra la Sala que el supuesto de la prestación personal del servicio por la actora a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO es un hecho acreditado, conforme los documentos que se allegaron visible a folios 21, 22 a 25 y 28, consistentes en respuesta de TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS, en el que se indica los periodos en que la demandante fue enviada al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como trabajadora en misión, situación que se colige con los contratos de trabajo por duración de la obra o labor determinada para el personal en misión y su respectiva liquidación de prestaciones sociales, acreditando los siguientes periodos trabajados como trabajadora en misión:

1. Desde el 22 de agosto de 2011 al 13 de marzo de 2012, desempeñando el cargo de Auxiliar de apoyo, devengando un salario de \$1.200.000 (fl. 28),
2. Desde el 14 de marzo de 2012 hasta el 30 de enero de 2013, desempeñando el cargo de Auxiliar de apoyo, devengando un salario de \$1.200.000 (fl. 24),
3. Desde el 1 de febrero de 2013 al 24 de septiembre de 2013, desempeñando el cargo de Auxiliar de apoyo, devengando un salario de \$1.200.000 (fl. 22).

Así mismo, que TEMPORALES UNA - A BOGOTÁ S.A., suscribió los siguientes contratos: No. 475 de 2013 (fls. 326 y ss.), No. 60 de 2012 (fls. 539 y ss.), otro sí Núm. 2 al Contrato 475 de 2013 (fls. 544 y ss.), otro sí Núm. 3 al Contrato 475 de 2013 (fls. 546 y ss.), contrato estatal No. 168 de 2011 (fls. 568 y ss.) y contrato estatal No. 198 de 2010 (fls. 574 y ss.), con el Fondo Nacional del Ahorro, para el suministro y administración de personal para dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 establecido por el Gobierno Nacional.

Ahora bien, se recibió el interrogatorio de parte de la señora **Nubia Rosa Rosero**, quien indicó que nunca suscribió contrato de trabajo con Fondo Nacional del Ahorro, sino con TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS, que tampoco fue nombrada mediante acto administrativo, sin embargo que durante todo el tiempo que tuvo vigencia los contratos suscritos con la temporal, trabajó para el Fondo Nacional del Ahorro. Que TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS era quien le cancelaba su salario mes a mes, igualmente fue quien la afilió al Sistema de Seguridad Social. Que la temporal TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS le canceló la liquidación completa al momento de finalizar la relación laboral, no adeudándole ningún concepto. Que a través de la Dra. Omaira, Jefe del personal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO le comunicó telefónicamente que le sería suspendido su contrato y TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS se lo confirmó. Que no tiene los nombres de las personas que desempeñaban sus mismas funciones, pero que tenía conocimiento que efectivamente existían personas que desempeñaban sus mismas funciones, sin embargo nunca tuvo un aumento salarial, siempre le fue cancelado el mismo salario.

Así pues, se tiene plenamente acreditado que la demandante suscribió 3 contratos laborales de duración de la obra o labor desde el 22 de agosto de 2011 al 24 de septiembre de 2013 de manera ininterrumpida, el primero de ellos, por el término de 7 meses, el segundo por 12 meses, y el tercero por 7 meses adicionales, es decir,

cada contrato se suscribió por un término superior a los 6 meses que establece la norma, dentro de los cuales no cambió la remuneración, ni el cargo, así como tampoco la entidad usuaria en la cual es desarrollaba la actividad misional.

En ese orden de ideas, con los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA prestó de manera Personal sus servicios al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no solo con la documental acaba de reseñar, donde dan cuenta que la prestación en los periodos que allí se relacionan, en ese sentido le corresponde a la parte demandada (FNA) desvirtuar que esos servicios personales no se ejecutaron bajo la figura de contrato de trabajo, si no conforme a las estipulaciones del contrato comercial suscrito entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y la TEMPORAL UNA – A BOGOTA SAS, esto es, que la demandante trabajó para el FNA como trabajadora en misión, teniendo la demandante un vínculo directo con la empresa temporal que la contrató.

De lo anotado en las líneas precedentes resulta procedente colegir que, contrario a lo afirmado por la demandada, si bien formalmente la prestación del servicio como Auxiliar de Apoyo de la trabajadora para TEMPORALES UNO – A BOGOTA SAS, se dio en virtud de la suscripción de Contratos de trabajo por duración de la obra o labor, y de remisión de personal entre la empresa de servicios temporales con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, era ésta, quien ejercía la subordinación propia de los contratos laborales impartiendo órdenes para el cumplimiento de sus actividades, la asignación de tareas y trabajos específicos, entre otros, ejerciendo sus labores en el horario determinado por la entidad y en los puntos de atención establecidos para tal fin, y sin que a pesar de los múltiples contratos de obra o labor determinada suscritos con la empresa temporal, las funciones desarrolladas por la demandante, no fueron ocasionales o transitorias, sino que se mantuvieron en el tiempo y hacían parte de las actividades conexas al objeto social de la entidad pues se trababa de "Auxiliar de Apoyo". Así mismo, conforme el interrogatorio de parte atrás citado ofrece credibilidad a la Sala.

Sumado a lo anterior, no puede soslayarse el hecho de que conforme a las probanzas, el actora tenía que cumplir un horario de trabajo, circunstancia que por demás es indicativa de subordinación al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945.

En ese sentido, como quiera que la prestación del servicio de la demandante, se mantuvo por un término superior al establecido en la norma mencionada y superior la prórroga de los 6 meses adicionales, sin que por tanto se cumpliera la temporalidad del servicio, predicándose en éste sentido que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, empresa usuaria, corresponde al verdadero empleador, pues la prueba arrojada al proceso permite determinar que la contratación de la demandante se dio de forma continua entre el 22 de agosto de 2011 al 24 de septiembre de 2013, no desarrollando por parte de la demandante labores ocasionales, accidentales o transitorias, sino por el contrario propias de la entidad, no se dio para remplazar personal, ni para atender incrementos de producción, transporte o venta de productos, por lo que su vinculación bajo esa modalidad no

operó por las situaciones legalmente consagradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Todo lo anterior, y en atención que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no logró desvirtuar la subordinación, conlleva a determinar la existencia de una única relación laboral directa con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, quien fungió como empresa usuaria. Precisándose igualmente que siendo la naturaleza jurídica de la encartada la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por regla general, sus servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales, por tanto así habrá de entenderse respecto de la accionante.

En consecuencia, considera la Sala que en el presente asunto se encuentran suficientemente demostrados los elementos característicos de la relación laboral, por lo que habrá de **MODIFICARSE PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de declarar que el vínculo laboral existente entre las partes, estuvo regido por un contrato de trabajo desde el 22 de agosto de 2011 al 24 de septiembre de 2013, de manera continua e ininterrumpida.

NIVELACIÓN SALARIAL:

Respecto a la nivelación salarial alegada por la demandante, considera la Sala que no resultan procedentes, como quiera que en el transcurso del proceso no se comprobó que los servicios prestados por la demandante correspondían a un cargo de planta del Fondo Nacional del Ahorro, pues en el mismo interrogatorio de parte practicados a la señora Nubia Rosa Rosero, indicó que no tenía conocimiento de los nombres de las personas que desempeñaban sus mismas funciones.

Ahora bien, al verificar la documental que reposa dentro del expediente, ha de advertirse que ninguna conduce a determinar que las funciones desarrolladas por la demandante fueron desarrolladas por un trabajador de planta del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y si bien se requirió al FNA para que allegara manual específico de funciones, requisitos, y competencias laborales de los empleados de planta que ostenta el cargo ocupado por la señora Nubia Rosa Rosero para los años 2011 a 2013, indicó mediante documental radicada el 13 de septiembre de 2019, vista a folio 736 del expediente que:

“Al consultar y verificar las bases de la planta Global del Fondo Nacional del Ahorro y las bases y datos suministradas por las Empresas de Servicios Temporales, se pudo constatar que la señora NUBIA ROSA ROSERO ARTEAGA, identificada con C.C. No. 40.711.605, estuvo vinculada con la Empresa de Servicios Temporales, TEMPORALES UNO – A y ostentó el cargo de COMERCIAL III, es importante señalar que la denominación del cargo Comercial III, no existe dentro de la matriz de cargos de la Planta Global del Fondo Nacional del Ahorro, en consecuencia no es posible remitir el Manual de Funciones requerido.”

Teniendo en cuenta lo anterior, y ante la orfandad probatoria, no es procedente tener por demostrado que la demandante ejercía funciones desarrolladas por

personal del planta de personal del Fondo Nacional del Ahorro, y menos aún, se pudo demostrar que la remuneración percibida por la actora fuese inferior a la que percibía los empleados del Fondo Nacional del Ahorro.

Por otro lado, señala el apoderado de la parte demandante que el cargo desempeñado por la demandante en la Convención Colectiva de Trabajo, sin embargo, vale la pena resaltar que la parte actora no aportó el texto convencional a efectos de determinar su dicho, distanciándose en su deber legal contemplado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, que impone la acreditación formal e integral de la convención colectiva con la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo efectuada dentro de los quince días siguientes a su firma.

Entonces al no allegarse en debida forma la convención colectiva de trabajo, fuente de los derechos reclamados, no pueden prosperar las peticiones que tienen como fundamento dicho acuerdo, al no aducirse la fuente del derecho con los requisitos legales, al juzgador le está vedado entrar a reconocer los derechos extralegales reclamados que se originaron en dicho instrumento producto del derecho de la negociación colectiva.

En este orden ciertamente ha de anotarse que a las partes incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen tal como se preceptúa en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral. Y es que el texto consagratorio del convenio colectivo debe acompañarse al proceso en reproducción simple obviamente con la constancia de su depósito oportuno igualmente en "reproducción simple" tal como lo prevé el artículo 24 de la Ley 712 de 2001.

No puede pues acreditarse en juicio la existencia de la CONVENCIÓN COLECTIVA como fuente de derechos para quien la invoca a su favor sino acompañando su texto en la forma ya anotada, para efectos de que el juzgador acometa el correspondiente análisis.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que la parte actora no realiza un estudio Juicioso, en el sentido de realizar un comparativo de las funciones desarrolladas por la demandante, respecto de otra persona que fuera de planta de la demandada, y en ese sentido realizar un comparativo con una persona en específico y realizar un paralelo en ambos cargos desempeñados, por lo que resulta imposible asumir que el cargo por la demandante desarrollada, correspondía a uno de planta y con superior salario a efectos de ordenar la nivelación salarial y en consecuencia no resulta procedente reconocer las diferencias de las acreencias laborales y la reliquidación de las prestaciones reclamadas, en los términos solicitados en la demanda, por lo que se confirma su absolución.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en lo restante de la sentencia apelada.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de declarar que el vínculo laboral existente entre las partes, estuvo regido por un contrato de trabajo desde el 22 de agosto de 2011 al 24 de septiembre de 2013, de manera continua e ininterrumpida.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá.

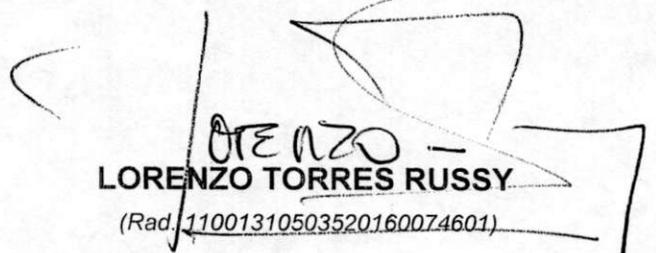
TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

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

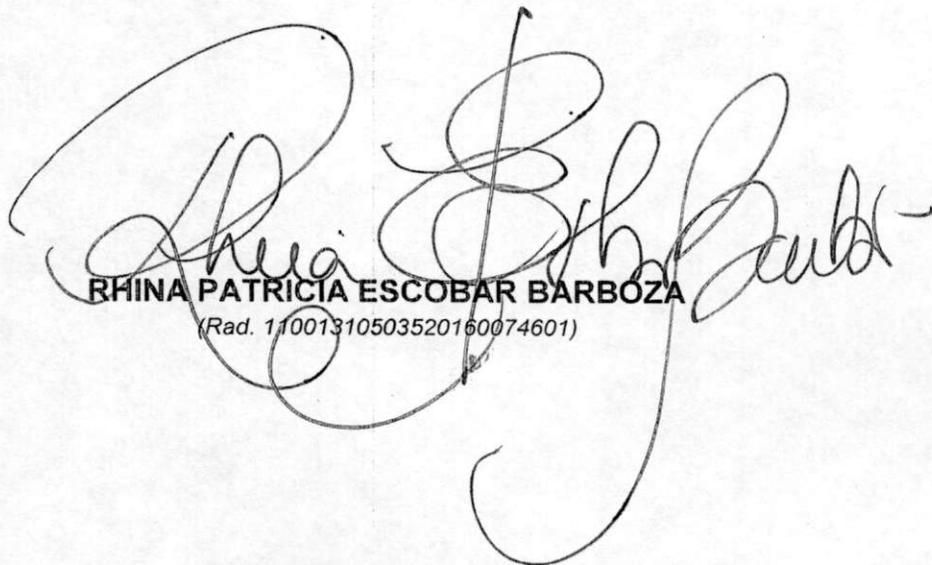


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503520160074601)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310503520160074601)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310503520160074601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2017-00521-01

Bogotá D.C., noviembre cuatro (4) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **GUSTAVO BARRERA FRANCO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA**
ASUNTO : **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de marzo de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se advierte que los apoderados de las partes demandante (fls. 133 a 139), como de la demandada Colpensiones (Fl. 142 a 149) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) GUSTAVO BARRERA FRANCO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 39 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado inicialmente del extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.
- Declarar que para todos los efectos legales el señor GUSTAVO BARRERA FRANCO se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones.
- Condenar a la Administradora de Fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, PROTECCIÓN SA a trasladar el valor total de los aportes realizados a favor del señor GUSTAVO BARRERA FRANCO, junto con todos sus rendimientos causados, bonos pensionales, y sumas adicionales con sus respectivos intereses a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 55 a 61) y PROTECCION (fls. 76 a 80), de acuerdo al auto visible a folios 95. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de marzo de 2019, **Absolvió** a la Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA, y a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por parte del señor GUSTAVO BARRERA FRANCO. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que el demandante fue engañado en el año 2008, y en las asesorías, y a lo largo de la afiliación, pues el argumento que si hubiera efectuado aportes voluntarios tendría una mejor mesada pensional, por lo que el engaño se sigue manteniendo, no solamente en sus afiliados, sino respecto de algunos despachos en considerar que al hacer aportes voluntarios en el RAIS podría siquiera igualar una mesada en el RPM, dada la supuesta rentabilidad que genera la cuenta de ahorro individual, y se sustenta ésta tesis en que desde el año 1996 hasta la fecha no ha interrumpido su vínculo laboral y adicionalmente, su salario se ha ido incrementando, quiere decir que ha cumplido con la expectativa que plantean los fondos, y eso, supuestamente garantizaría una mejor pensión, y fue lo que le dijeron justamente en el año 2008, sin embargo, en el año 2017, cuando se empieza a acercar a la edad de pensión, le informan que la mesada pensional es inferior, por lo que el demandante, como afiliado del RAIS se da cuenta que así haga aportes voluntarios, su mesada pensional nunca va a acercarse a la que le reconocerían en Colpensiones. Por lo que, contrario a lo afirmado por el Despacho, a pesar de haber sido una afiliación permanente, y aportar el 100% del tiempo, desde el año 1988 hasta la fecha, y a pesar de que los aportes se han incrementado, en atención al incremento del salario del actor, aun así la mesada pensional seguiría siendo inferior a la que le reconocería eventualmente en Colpensiones, y es por eso que se sigue hablando que el engaño se mantiene, por lo que solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en ese sentido se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1-**. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN SA efectuado por el (la) señor (a) GUSTAVO BARRERA FRANCO el día 26 de junio de 1996; **2-**. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación

definida solicitó trasladarse a la AFP Protección SA, el 26 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1 de agosto de 1996 (fl. 87).

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

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

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

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

3- Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial

emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 55 a 61) y PROTECCIÓN (fls. 76 a 80), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones: expediente administrativo; Protección SA: formulario de afiliación (1996), formato de re asesoría pensional del 11 de julio de 2008, simulador pensional ASPEN, información de historia laboral para trámite de bono pensional, respuesta derecho de petición, historia de vinculaciones del SIAFP válido para bono, historia laboral de Protección SA.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de junio de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 26 de junio de 1996, el demandante tenía 435,14 semanas (fl. 88), y para abril de 1994 cuando entro a regir la ley 100/93, tenía 342,71 semanas cotizadas, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 38 años (nació el 14 de agosto de 1956, fl. 13); y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 60 años de edad

en el año 2016 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 88), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Elizabeth Rodas (fl. 81), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

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

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

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

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

Finalmente, respecto de la asesoría que obra a folio 83 del plenario, y que sirvió de base para dictar fallo absolutorio en primera instancia, ha de resaltar que si bien se trata de un simulador pensional efectuado al demandante, lo cierto es que data del 11 de julio de 2008, y la fecha del traslado acaeció el 26 de junio de 1996, por lo que no puede pretender la AFP accionada que efectivamente se le brindó la información al actor, pues lo cierto, de conformidad con la prueba documental obrante dentro del plenario, es que, para la fecha

de traslado no reposan pruebas que acrediten que efectivamente le brindaron la información clara y suficiente al demandante para que tomara su decisión de trasladarse.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** el fallo proferido en primera instancia, para en su lugar, **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del régimen de prima media hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 26 de junio de 1996, y en consecuencia condenar a Protección SA a la *devolución* a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a *aceptar* dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS.

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

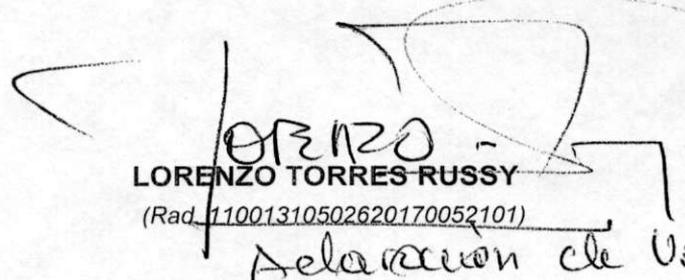
PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 20 de marzo de 2019 por el Juzgado 26º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del régimen de prima media hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 26 de junio de 1996, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN SA a la *devolución* a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a *aceptar* dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

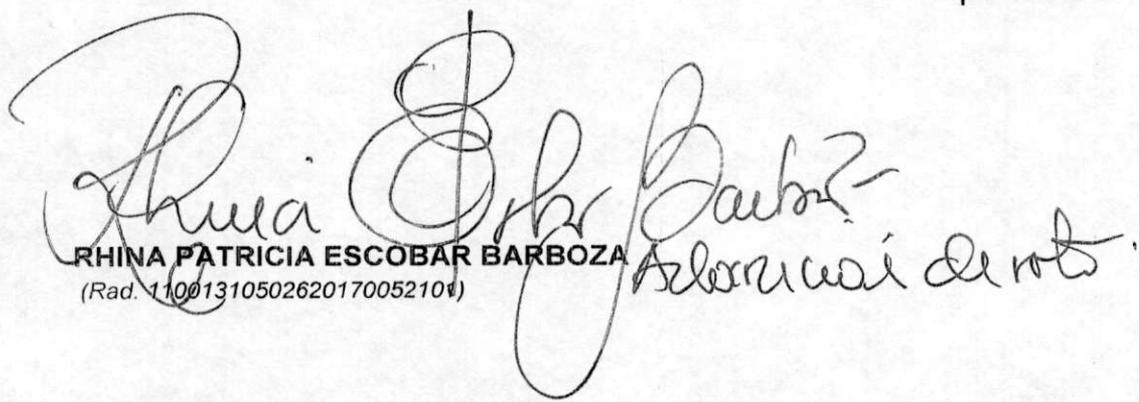
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502620170052101)



LORENZO TORRES-RUSSY
(Rad. 11001310502620170052101)
Declaración de Us



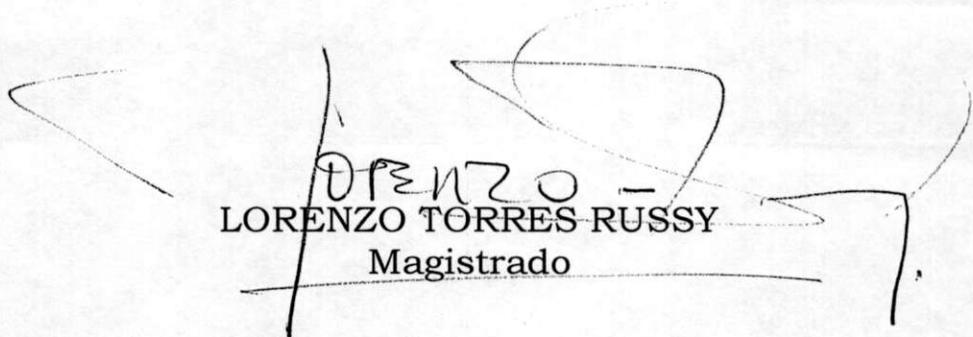
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310502620170052101)
Declaración de us



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Respetuosamente aclaro mi voto para expresar que a pesar del criterio que he expuesto respecto de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, acompaño la ponencia que lo concede, a partir del acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en los tramites incidentales promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato las ordenes de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los accionantes, con fundamento en lo dispuesto en las actuaciones mencionadas.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



Rama Judicial

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

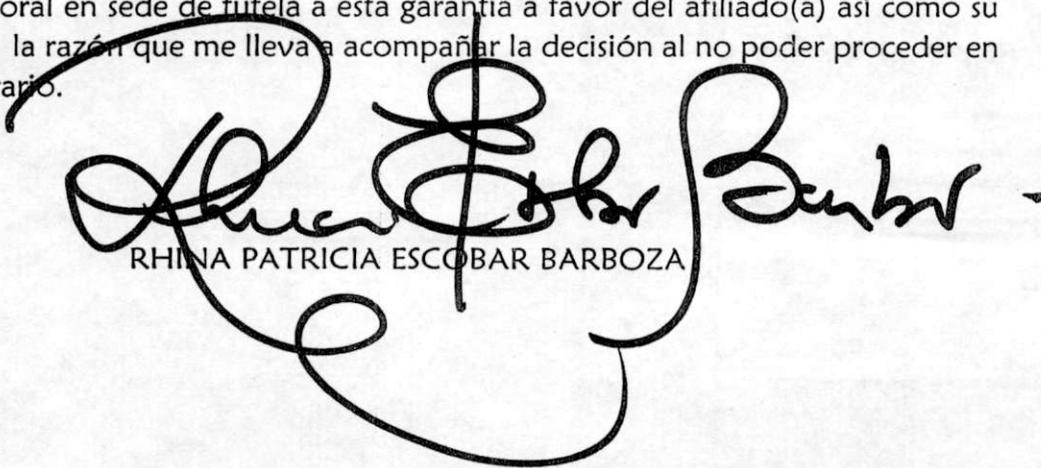
Clase de Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicación N°: 110013105026201700521-01
Demandante: GUSTAVO BARRERA FRANCO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Sustanciador : MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

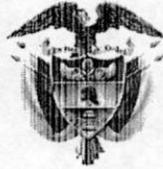
Con el respeto acostumbrado que le profeso a mi compañero de Sala de Decisión, me permito presentar mi aclaración de voto en los procesos de ineficacia de traslado, de forma general, dado el cúmulo de trámites que a la fecha son estudiados por esta Corporación y la necesidad de darle agilidad a los mismos.

En primer lugar, he de informar que los contornos específicos de cada caso, fueron analizados por mi persona y que entratándose de afiliados con expectativa legítima de pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la ausencia de acreditación sobre la asesoría debida, permitía consentir en la procedencia de la ineficacia.

Ahora bien, en aquellos casos en que esta magistrada analizó diligenciamientos donde se carecía de esas condiciones especiales, o bien se trataba de un afiliado no lego ora en términos generales se encontró probado el deber de asesoría – interrogatorio de parte-, es aquel entendimiento que ha sido extendido por la Sala de Casación Laboral en sede de tutela a esta garantía a favor del afiliado(a) así como su acreditación, la razón que me lleva a acompañar la decisión al no poder proceder en sentido contrario.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 34-2019-00167-01

Bogotá D.C., noviembre cuatro (4) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: KELLY YOJANNA CELIS CORDOBA
DEMANDADO: COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA
ASUNTO : APELACION PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de marzo de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 156), así como de Comcel SA (folio 150 a 154) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JELLY YOJANNA CELIS CORDOBA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 23):

DECLARATIVAS:

- 1) Que entre la empleadora la sociedad comercial **COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA** y la señora **KELLY YOJANNA CELIS CORDOBA**, se suscribió un contrato individual de trabajo a término indefinido.
- 2) Que la demandante ingresó a laboral al servicio de la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA**.
- 3) Que el cargo desempeñado por la demandante **KELLY YOJANNA CELIS CORDOBA** al servicio de la sociedad comercial **COMUNICACIÓN CELULAR**

SA – COMCEL SA fue el de CONSULTOR DE SERVICIO AL CLIENTE PERSONALIZADO.

- 4) Que la demandante durante la ejecución de la relación laboral a favor de la demandante, devengó como último salario la suma de \$2.678.000.
- 5) Que la demandada impuso a la actora una jornada laboral comprendida entre las 8:00 AM a 1:00 PM y de 2:00 PM a 6:00 PM de lunes a viernes y los sábados de 8:00 AM a 1:00 PM y de 2:00 PM a 7:00 PM.
- 6) Que dicho itinerario se ejecutó de lunes a sábado durante toda la ejecución de la relación laboral.
- 7) Que la demandante laboró al servicio de la demandada, hasta el día 14 de julio de 2018, por el despido indirecto o auto despido del contrato individual de trabajo por causal imputable al empleador.
- 8) Que la demandante laboró en forma continua al servicio de la demandada por espacio de 1799 días.
- 9) Que al finalizar el contrato individual de trabajo, no reconoció ni pagó los salarios los cuales adeuda para la fecha.

CONDENATORIAS:

- 1) Al pago de la suma de dinero por concepto de indemnización por despido injustificado.
- 2) Al reconocimiento y pago de la suma de dinero por concepto de la indemnización por falta de pago por el no pago de los salarios y prestaciones sociales debidas.
- 3) Al pago de la indexación.
- 4) Costas procesales.

La sociedad demandada COMCEL SA contestó la demanda (fls. 52 a 98) de acuerdo al auto visible a folio 104. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 34° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de marzo de 2020. **DECLARÓ** que entre la demandante KELLY YOJANNA CELIS CORDOBA y la demandada sociedad COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 15 de julio de 2013 y el 14 de julio de 2018, con un salario final igual a \$2.678.000. **CONDENÓ** a la demandada sociedad COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en un valor equivalente en un día de salario por cada día de retardo, en una suma total generada por \$3.927.733,33 causada entre el 14 de julio de 2018 y el 28 de agosto de 2018, que deberá ser reconocida debidamente indexada al momento de su pago. **ABSOLVIÓ** a la demandada sociedad COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA, de las demás pretensiones de la demanda. Sin **COSTAS** en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación:

DESPIDO INDIRECTO: Señala que si bien el Juzgado manifiesta que del texto de la carta de renuncia presentada por la demandante no se indicó argumento relacionado al despido indirecto, indica que de las pruebas allegadas al plenario se logra acreditar que la política de la empresa demandada es imponer ese tipo de presiones, así mismo con la grabación y los testimonios se acredita el despido indirecto dentro del presente asunto.

La parte demandada interpuso recurso de apelación

INDEMNIZACIÓN MORATORIA: Solicita se revoque la condena impuesta por concepto de sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, teniendo en cuenta que la fecha de pago de la liquidación fue el 23 de agosto de 2018, y no como lo afirma el Juzgado el 28 de agosto de 2018, pero más allá de eso, no comparte la manifestación del Juzgado en el sentido que no se acreditó la razón por la que se pagó la liquidación final hasta esa fecha, y no a la terminación de la relación laboral. En ese sentido, debe traerse a colación el numeral 2º del artículo 47 del Código Sustantivo de Trabajo que dispone que el contrato de trabajo a término indefinido tendrá vigencia mientras subsiste el contrato que le dio origen, y en todo caso, el trabajador podrá dar por terminado el contrato mediante aviso escrito con antelación no inferior a 30 días, para que el empleador lo reemplace, en caso de no dar aviso oportunamente, se aplicará lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que corresponde al artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo para todo el tiempo, o para el lapso dejado de cumplir, evidentemente la consecuencia que establecía en caso de no dar cumplimiento desapareció con la reforma de la Ley 789 de 2002, que eliminó la posibilidad del empleador de descontar el valor de 30 días en caso de no cumplirse, sin embargo la obligación del trabajador de estar vinculado mediante contrato a término indefinido de dar aviso por lo menos con 30 días de antelación sigue vigente en el numeral 2º del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, y en el presente al no estar en controversia el tipo de vinculación de la demandante y en ese sentido, la actora tenía la obligación de avisar con 30 días de antelación su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, dando aplicación por supuesto de la ejecución de la buena fe del contrato, a la que hace referencia el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo, la demandante presentó renuncia el 14 de julio de 2018, y su contrato finalizó ese mismo día, es decir, evidentemente no cumplió con esa obligación, por lo que no debe pretenderse que frente a una renuncia sorpresiva e intempestiva, en abierto incumplimiento de la buena fe le correspondía de informar con la debida antelación su decisión de renunciar, se le deba cancelar el mismo día su liquidación, y si bien se está hablando de derechos ciertos e irrenunciables,

la empresa demandada no puede sustraerse de la obligación de pagarle la liquidación, pero lo que no se le puede exigir es que ante una renuncia sorpresiva e intempestiva un día antes del pago de la quincena, con la cantidad de trabajadores que tiene la empresa, no puede dedicarse a una sola trabajadores y entrar a verificar si en su trabajo se le adeudan horas extras diurnas, festivos, etc., por lo que a la empresa se le debe dar un término prudencial para efectos de cumplir con su obligación de pagar la liquidación final de acreencias laborales, sin desconocer que el cálculo de la liquidación final incluye la verificación completa de los factores adicionales que afectan el valor de dicha liquidación y que necesitan calcularse sobre promedios a efectos de establecer el valor a pagar a la actora, y si efectivamente hubo una demora en el pago, obedeció a la renuncia sorpresiva por ésta presentada.

Ahora bien, conforme el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo que trae consigo la condición resolutive por el incumplimiento de lo pactado con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, es clara la norma en señalar que si una parte no cumple con sus obligaciones, no puede imponerse sanción alguna para la parte que cumplió. En ese orden, la empresa demandada se tomó un tiempo prudencial para realizar los cálculos correspondientes para establecer el valor de la liquidación final de acreencias laborales de la demandante.

En el evento en que se confirme la imposición de la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, solicita se liquide hasta el 23 de agosto de 2018, y no hasta el 28 como lo afirmó el Juez de instancia.

INDEXACIÓN: Condena el Juez de instancia a pagar la indemnización moratoria debidamente indexada, pasando por alto que la H. Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que supondría una indebida acumulación de pretensiones, pues pretender el pago simultáneo de sanción moratoria e indexación, en razón que la sanción moratoria conlleva el efecto indemnizatorio, derivado de la falta de reconocimiento de las acreencias laborales, por lo que no puede aplicarse una doble sanción, pues la indemnización moratoria conlleva en sí el efecto económico derivado de la mora en el cumplimiento en el pago. Y es por eso que se llama 'sanción moratoria', porque resarce la mora y de una manera superior al valor del impacto económico que sufre el trabajador por falta de pago de las acreencias.

PRUEBA GRABACIONES: Manifiesta su inconformidad de la decisión del Juez respecto de la incorporación de las grabaciones que la demandante realizó, trayendo a Colación el Juzgado de instancia la sentencia T – 574 de 2017, la cual hace énfasis en los requisitos para que esas grabaciones en los ámbitos semiprivados puedan tenerse como prueba, incluyendo la relevancia jurídica del derecho en discusión y el sopeso que debe haber entre el interés general y el interés particular, sin embargo, el Juez señala que la parte que está siendo grabada, debe tener conocimiento que efectivamente está siendo grabada, lo que en este caso no se encuentra acreditado.

Si bien, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en que pueden haber grabaciones en los sitios de trabajo, dado el interés general que ello puede

involucrar, también ha sido clara que esas grabaciones no pueden ser subrepticias, deben ser conocidas por la parte de quien está siendo grabado, y es por ello que se encuentra en esos ámbitos semiprivados, tales como bancos, centros comerciales, entre otros, pero en esos lugares se señala que están siendo grabados, porque más allá que exista autorización expresa, quien está siendo grabado debe conocer esa situación, sin embargo en el presente caso no se está acreditando si estamos frente a un caso privado o semiprivado, ni quien está grabando ni a quien está grabando, pues no se sabe ese audio de donde proviene, ni como, ni cuando se grabó, ni quien o de quienes son las voces que allí se registran, y más allá de la autorización expresa de quien está siendo grabado, no se encuentra acreditado cual es el ámbito en el cual se está grabando la supuesta conversación y en tratándose de un documento declarativo, no es lo mismo que una declaración testimonial, son cosas diferentes, no procedía solicitud de ratificación porque documento declarativo y declaración testimonial no son lo mismo, procedía el desconocimiento del documento que se observa a folio 69.

Así mismo, se desconoce la prueba denominada 'grabación realizada la Coordinadora de turno en un CD', en la medida que se desconoce la procedencia de dicha grabación y de las personas que fueron grabadas, pues las mismas no se encuentran identificadas en dicho audio, lo cual no da certeza que provengan de la demandada, por lo que el documento no ha tener el carácter de prueba dentro de éste proceso para ningún efecto, pues no cumple con los requisitos establecido para tal efecto, por haberse obtenido en evidente y flagrante violación del debido proceso.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1)** Sí la demandante tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador. **2)** Sí es procedente tener como prueba válida las grabaciones tomadas por la demandante. **3)** Indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, **4)** Indexación.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que la señora KELLY YOJANNA CELIS CORDOBA suscribió un contrato a término indefinido con la demandada COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA a partir del 15 de julio

de 2013 al 14 de julio de 2018, desempeñando el cargo de "Consultor de servicio personalizado a clientes" conforme se acredita de la certificación visible a folio 3 del plenario, así como la copia del contrato de trabajo a término indefinido visto a folios 71 a 75 del expediente, y comunicación expedida por la demandada, mediante la cual se acepta la renuncia presentada por la actora a partir del 14 de julio de 2018 (fl. 4) y liquidación definitiva de empujados (fl. 7), percibiendo como último salario la suma de \$2.678.000.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA IMPUTABLE AL EMPLEADOR:

La parte actora solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador, como quiera que las pruebas allegadas al plenario logran acreditar que la política de la empresa demandada es imponer ese tipo de presiones, concluyendo con la grabación y los testimonios arrimados al proceso, se acreditan el despido indirecto dentro del presente asunto.

Por su parte, el apoderado de la demandada señala la improcedencia de tener en cuenta la grabación aportada por la demandante, como quiera que la misma no cumple con los requisitos de las grabaciones para considerarse como una prueba en los ámbitos semiprivados, pues de vieja data se sabe que éstas grabaciones no pueden ser subrepticias, deben ser conocidas por la parte de quien está siendo grabado, porque más allá que exista autorización expresa, quien está siendo grabado debe conocer esa situación, sin embargo en el presente caso no se está acreditando si estamos frente a un caso privado o semiprivado, ni quien está grabando ni a quien está grabando, pues no se sabe ese audio de donde proviene, ni como, ni cuando se grabó, ni quien o de quienes son las voces que allí se registra y en tratándose de un documento declarativo, no es lo mismo que una declaración testimonial, son cosas diferentes, no procedía solicitud de ratificación porque documento declarativo y declaración testimonial no son lo mismo, procedía el desconocimiento del documento que se observa a folio 20.

En cuanto a la indemnización reclamada por el demandante con ocasión al despido indirecto que alega haberse presentado, cabe señalar que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia del 9 de agosto de 2011, de radicación No. 41490, reiteró que cuando un trabajador da por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, aduciendo justas causas imputables al empleador, mediante la figura de despido indirecto o auto despido, le corresponde la carga de demostrar los motivos que conllevaron a la terminación unilateral del contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido.

Ahora en relación con la indemnización por despido sin justa causa solicitada por la parte demandante debe señalarse que al trabajador le basta con acreditar la terminación del vínculo laboral para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, correspondiendo al empleador desplegar su actividad probatoria para demostrar el motivo que en su momento le invocó y le comunicó al actor para finiquitar el contrato, a fin de que previa valoración, pueda ubicarse la situación en alguna de las causales abstractas y taxativas señaladas por la ley para efectos de tener el despido como justo, entre otras, en reciente pronunciamiento por nuestro órgano de cierre, en sentencia SL3407 con radicación No 59968 del 14 de agosto de 2018.

Descendiendo al caso bajo examen, para acreditar la terminación del vínculo laboral que ató a las partes por causas imputables al empleador, reposa a folio 4 del expediente obra carta de aceptación de la renuncia presentada por la demandante, la cual fue aceptada a partir del 14 de julio de 2018 suscrito por la Sra. Claudia Castro Pedraza, Gerente Gestión Humana, en la que manifiesta a la actora que encuentra con extrañeza lo puesto de presente en su comunicación, pues la misma proviene desde una perspectiva subjetiva y no corresponde con la realidad, más aún cuando la Empresa le ha brindado la capacitación, las herramientas y el acompañamiento necesario y suficiente para el ejercicio de sus funciones laborales, acreditando de ésta manera la terminación del vínculo laboral.

Así pues, se traslada la carga al empleador a efectos de que acredite que la ex trabajadora terminó de manera libre y voluntaria la relación laboral, y en ese orden, las causas no son imputables al empleador.

Se recibió **interrogatorio de parte** a la señora Kelly Yojanna Celis, quien indicó que entró a trabajar a la compañía demandada en julio de 2015 como consultor de servicios hasta el 14 de julio de 2018. Que su último jefe fue Ximena Báez, que al terminar la relación laboral si le cancelaron las prestaciones sociales. Que las conductas de acoso laboral comenzaron con su última Jefe Ximena Báez quien la llamó a su oficina para firmar la propuesta del nuevo otrosí del trabajo y le dijo que con el nivel de educación que tenía no podía encontrar otro trabajo, entonces que era mejor que firmara, que tenía que vender todas las sim card al finalizar el día, de lo contrario tenía que pasar un correo explicando porque no se habían vendido, le enviaba correos electrónicos de porque no se cumplían las metas, esto iniciando apenas el mes. En el horario de almuerzo, fue cambiando ya no era de 12 a 2 sino que empezó a variar ese horario. Cuando me decía algo, comenzaba a llorar y la Jefe le decía que dejara de llorar, que se pusiera a trabajar. Se metía mucho en su vida personal. Cuando no firmó el otrosí, comenzaron unos cambios de puntos, y solicitó el cambio a Restrepo por ser el punto más cercano a su vivienda, sin embargo la Jefe le dijo que no, porque debía ser como la empresa dijera. Unos días después le indicaron que la habían cambiado al punto de Venecia, pero ella le manifestó su inconformidad porque le quedaba muy lejos de su vivienda, y por el horario, no le iba a quedar tiempo para su hijo, a esto le contesto que la única condición para que fuera cambiada al punto de Restrepo era que firmara el otrosí, sin embargo se negó a firmar el otrosí. Unos días antes de iniciar en el punto de Venecia, le informaron que iba para el punto de la 116 por quince días, posteriormente habló con la supervisora, y cuando el jefe se enteró que la demandante había hablado con la Supervisora la regañó. Como en el punto de Venecia iba tanta gente, le tocaba trabajar horas extras por lo que se las pidió al jefe y nunca se las reconoció. Cuando ofrecieron el nuevo otrosí, le dijo que no quería firmar porque no conocía del tema de hogar, entonces le dijo que iban a capacitarla, después eso fue cambiando y al final le dijeron que la capacitación iba a ser abierta, y debía tomarla virtualmente cuando estuviera en su casa, a lo que se negó porque el tiempo en su hogar era para su hijo. La razón por la cual no quería firmar el otrosí, era porque se iba a variar el salario base disminuyéndolo, y el resto adicional era variable por ventas reportadas. Decidió grabar una conversación con su jefe, el día que le notificaron cambiar al punto de Venecia, y que la solución la tenía en mis manos, solo con la condición de firmar el otrosí. Que la razón para

presentar su carta de renuncia, fue porque no se sintió cómoda nunca en el punto de Venecia, no podía vender, ni cumplía con las metas exigidas, no se sentía cómoda, todos nos quejábamos del ambiente laboral del punto. Cuando fue a reclamar la prestación, pidió que le incluyeran en la liquidación la indemnización porque había renunciado motivadamente, pero ellos no le quisieron reconocer valor alguno, por cuanto la demandante había renunciado voluntariamente. Que no le pagaban horas extras siempre. Que nunca tuvo procesos disciplinarios ni quejas en su contra. Que se ejerció presión para que todo el mundo firmara el otrosí, pero la demandante se negó a firmarlo, y quienes firmaron el otrosí, tenían beneficios.

Así mismo, se recibió **interrogatorio de parte** a la señora Liliana Marcela Suarez, en calidad de representante legal de la sociedad demandada, quien indicó que no conoce a la demandante, pero revisó su hoja laboral para la audiencia, que la demandante radicó una carta de renuncia, que se lideró un cambio de las condiciones salariales de un modelo fijo a un modelo variable, estaba sujeto a la decisión del trabajador, incluso hoy en día personas no han querido cambiar de modelo de contratación. Que a nivel nacional se hace capacitaciones y más aún a nivel de gestión humana. Tuvo conocimiento respecto de la queja presentada por la demandante ante el Comité de Convivencia, sin embargo, el Comité se pronunció con posterioridad a la renuncia radicada por la actora. La comunicación que radicó la demandante, manifestó factores para dar por terminada la relación laboral, tales como la manifestación del acoso laboral y el otro la firma del otrosí.

Por otro lado, se recibieron los **testimonios** de los señores HERMES RICARDO ZAPATA FARIAS, quien indicó ser el compañero de la demandante, que se conocieron cuando juntos trabajaron en Comcel SA y por eso tiene conocimiento que el horario no era fijo, porque dependía de la cantidad de gente que estaba en cada punto. Que el deponente también trabajó en Comcel SA, y sabe el trato de presión que le ejercía la jefe. Que la Jefe de la demandante le ejercía presión. Que la demandante no quiso firmar el otrosí porque no era conveniente para los trabajadores, porque las condiciones de salario cambiaban a un salario variable y en ese sentido dependía de las ventas que hiciera. Que el trato de la Jefe Ximena Báez era humillante, y extremadamente grosero con todo el mundo, nunca permitía pausas activas, ni que fueran al baño o tomarse un vaso de agua o un tinto. Que el motivo de su compañera para tomar la decisión de renunciar fue el acoso laboral y la vida que tenía tan estresante, dado el acoso laboral. Que tuvo que renunciar también como su compañera, por acoso laboral. Que no le pagaban las horas extras que trabajó la demandante, porque dependía del horario del punto.

Por su parte, las señoras CLAUDIA ROCÍO CASTRO PEDRAZA y ELSY CONSTANZA ARDILA CRUZ, manifestaron ser actualmente trabajadores de la empresa demandada, siendo la primera Gerente de gestión humana de Bogotá, y la segunda gerente de la regional de canal CAPS – R4, y que en razón de su cargo, tiene conocimiento de la situación de la demandante. Que tenía un horario de 48 horas, y si se podía exceder por el servicio que se presta, se le pagaban horas extras. Que la compañía estudio el tema y promovió el cambio de remuneración variable de los consultores, por su puesto la aceptación del cambio debe ser voluntario, no puede existir ningún mecanismos de presión o de acoso para que se cambien de modelo de remuneración, adelantando un procedimiento de cambio ante las situaciones actuales que nos exigen en las telecomunicaciones. En el caso

de la demandante, no hubo atención a la queja que presentó ni escalamiento, porque no tuvo conocimiento de dicha queja. Comcel SA tiene desarticulado el comité de convivencia, pues es independiente, y autónomo, y tan solo se tiene capacidad de respuesta para el momento en que se escala alguna queja, si no lo escala, no se tiene acceso a las quejas. Que la carta de renuncia de la demandante manifestó su inconformidad con los cambios de sedes, de horario y el mal trato de la señora Ximena Báez, sin embargo se han hecho ejercicios con la señora Ximena Báez para que realice los procesos de retroalimentación para la implementación del otrosí que trae consigo el cambio de contratación variable. Que no se ha recibido quejas o peticiones del tótem de los turnos que se asignan a los consultores. Que las personas que no quieren migrar al nuevo modelo de contratación, la compañía ha sido respetuosa para que continúen laborando bajo el antiguo modelo.

Ahora bien, el señor LEONARDO MOLANO ACOSTA quien indicó trabajar en la compañía actualmente en el área de nómina, que no tiene conocimiento que se le adeude algo a la demandante, y que las horas extras trabajadas que son previamente autorizadas, se ordenan su pago.

Finalmente, se recibió el testimonio de la señora XIMENA BÁEZ ANDRADE quien indicó ser administradora de empresas, en el cargo de coordinadora de servicio al cliente, que conoce a la demandante por ser consultora suya en los años 2017 y 2018. Que en la operación está el coordinador y supervisor, quienes supervisan las funciones de la demandante. Que fue jefe de la actora por un año. Que los turnos los impone otra área, lo que se tiene que rotar son las horas de almuerzo. Que los puntos se cerraban 5:30 de la tarde, y tienen media hora de "desocupe", para cerrar el punto, y desocuparse de los clientes, y si no había clientes, se les daba salida. Que la asignación de los turnos de la demandante las hacía el área encargada, y se las enviaba por correo a la actora. Que las funciones se las daban al momento de contratar a los consultores. Que como la demandante llegaba tarde al punto, se intentó ubicarla más hacia su lugar de vivienda, y se ordenó su traslado hacia Venecia. Que no tiene conocimiento de una queja que interpuso la demandante por acoso laboral al Comité de Convivencia.

Ahora, reposa a folio 20 del expediente, medio magnético que contiene grabación realizada por la señora Kelly Celis a la Coordinadora de Turno 1 CD, grabación que fue obtenida de manera subrepticia.

Frente al tema, debe traerse a colación el artículo 15 de la Carta Política que establece el derecho a la intimidad:

*"ARTICULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. **Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.** Para efectos tributarios o judiciales y*

para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

Precisando el alcance del derecho, la H. Corte Constitucional ha identificado el tipo de posiciones y relaciones vinculadas al derecho a la intimidad. En la sentencia C-602 de 2016 sostuvo, primero, que confiere a su titular la facultad (permisión) de oponerse -cuando no existe justificación suficiente- (i) a la intromisión en la órbita que se ha reservado para sí o su familia; (ii) a la divulgación de los hechos privados; o (iii) a las restricciones a su libertad de tomar las decisiones acerca de asuntos que solo le conciernen a la persona. Señaló, segundo, que el referido derecho le impone a las autoridades y particulares el deber de abstenerse (prohibición) de ejecutar actos que impliquen (iv) la intromisión injustificada en dicha órbita, (v) la divulgación de los hechos privados o (vi) la restricción injustificada de la libertad de elegir en asuntos que solo le conciernen a la persona o a su familia. Finalmente, advirtió este Tribunal, impone a las autoridades el deber (mandato) (vii) de adoptar las medidas normativas, judiciales y administrativas a efectos de asegurar el respeto de las dimensiones del derecho.

Por su parte, la sentencia T – 574 de 2017 señala que el reconocimiento de la intimidad como derecho implica que puede ser objeto de limitaciones cuando ellas se encuentren debidamente justificadas. En esa dirección, otros sujetos -cuando exista autorización del titular o medie una orden dictada por autoridad competente y en ejercicio de sus funciones- puedan conocer asuntos que, *prima facie*, se encuentran comprendidos por su ámbito de protección. En otras palabras, el derecho a la intimidad puede ser “**susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente**”. En ese sentido, el máximo Tribunal ha señalado “*que uno de los aspectos centrales en la definición del alcance del derecho a la intimidad, consiste en determinar cuándo (i) una intromisión en la órbita que la persona o la familia se ha reservado para sí, (ii) una divulgación de hechos o datos privados o (iii) una restricción a la libertad de decidir, se encuentra justificada constitucionalmente*”.

La jurisprudencia ha señalado que la validez constitucional de las restricciones al derecho a la intimidad exige tener en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza de la información que se encuentre en juego. Sobre el particular la sentencia C-602 de 2016 señaló:

“15.1. La primera ha consistido en establecer una clasificación de la información con el propósito de “determinar la intensidad con que dicha información se encuentra ligada la esfera íntima del individuo y a los casos en que la misma puede o debe ceder a favor del interés público” (...). En esa dirección, la Corte estableció que la información puede ser pública, semiprivada, privada o reservada. Dicha tipología se apoya en tres ideas generales que muestran su utilidad: (i) es posible clasificar la información a partir del tipo de contenidos a los que se refiere; (ii) en función de esos contenidos, es posible definir los sujetos habilitados para permitir su divulgación cuando el titular de la información no lo ha autorizado; y (iii) el tipo de razones que pueden justificar su conocimiento por parte de terceros varía en función de su cercanía con la esfera más íntima de la persona.

(...)

La información semi-privada corresponde a aquella información que no es pública, pero que se encuentra sometida a “algún grado de limitación para su acceso” (...) de manera que “se trata de información que sólo puede accederse por orden de autoridad judicial o administrativa y para los fines propios de sus funciones, o a través del cumplimiento de los principios de administración de datos personales” (...). En esa dirección esos datos son “aquellos que no tienen naturaleza íntima, reservada, ni pública y que, por ende, su conocimiento puede interesar no solo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general” (...). Entre la información que encuadra en esta clasificación se encuentra, por ejemplo, la relativa al sistema de seguridad social –con exclusión de la historia clínica–, la administrada por las bases de datos de información financiera (...), la recaudada y almacenada por los Centros de Reconocimiento en el RUNT de conformidad con las normas de tránsito (...), los datos contenidos en el Registro Único de Seguros (...), los datos incluidos en el Registro de la propiedad de perros altamente peligrosos (...), la información sobre aportes, contribuciones y créditos, que reciben las campañas políticas (...) y la información sobre la pertenencia a un partido o movimiento político de los miembros (...).

(...)

A su vez, (iii) la información privada es aquella “que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones” (...). Comprende la relativa a “los libros de los comerciantes, (...) los documentos privados, (...) las historias clínicas o (...) la información extraída a partir de la inspección del domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetas a reserva” (...). Igualmente reviste la naturaleza de información privada la información genética que reposa en bancos de sangre, esperma, laboratorios, consultorios médicos u odontológicos o similares (...). En estos casos, el tipo de información revela dimensiones particularmente importantes de la vida personal, social y económica de las personas y que, debido a expresa disposición constitucional (arts. 15 y 250) o a su naturaleza, solo puede ser divulgada por autorización de la persona a la que se refiere o por la existencia de una decisión judicial. En estos casos, la justificación que explica la posibilidad de divulgar la información, en contra de la voluntad de la persona a la que se refiere, puede hallarse en finalidades especialmente importantes como ocurre, por ejemplo, con la búsqueda de la verdad en un proceso penal.

En síntesis, el derecho a la intimidad admite diferentes grados de realización y, precisamente por ello, puede ser objeto de restricciones de naturaleza diversa. A efectos de caracterizar y juzgar las restricciones del derecho a la intimidad, es necesario considerar la naturaleza de la información de cuya divulgación se trata, los límites que a la administración de datos personales se desprenden del

derecho al habeas data y, adicionalmente, la prohibición de injerencias desproporcionadas en el ejercicio del derecho a la intimidad. Estos criterios se articulan con los diferentes espacios y contextos en los que se desenvuelve la vida de las personas.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional (T – 574 de 2017) ha determinado que *“dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad”* que incluyen la intimidad personal, familiar y social (C.P. art. 15). Respecto de esta última sostuvo que *“involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos laborales o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social”*. Así mismo, puntualizó que a pesar de que el alcance de este derecho se restringe en estos casos, ***“su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana”***.

El **espacio privado** se caracteriza por ser el lugar en el que las personas desarrollan su personalidad y ejercen su intimidad de manera libre en un ámbito inalienable, inviolable y reservado. Por excelencia, la residencia es el lugar de mayor privacidad.

El **espacio público**, según la sentencia T-407 de 2012, es el *“lugar de uso común en el que los ciudadanos ejercen numerosos derechos y libertades”*. Indicó, seguidamente que *“la más evidente es sin duda la libertad de movimiento, pero en los espacios públicos, las personas también pueden ejercer otros derechos como el de expresión, el derecho al trabajo, el derecho de reunirse y manifestarse públicamente, o también el derecho a la recreación, el acceso a la cultura y el derecho a realizar expresiones artísticas, entre otros”*. Según la Corte *“este tipo de espacios se caracterizan por ser lugares de socialización, interacción, intercambio, integración y de encuentro para los ciudadanos (...)”*.

Como lo ha señalado la Corte, entre el espacio privado por excelencia, la residencia, y el público, la calle, existen lugares “intermedios” que tienen características tanto públicas como privadas, tal y como ocurre con centros educativos, colegios, universidades e institutos, parques, cines, teatros, estadios, restaurantes, bibliotecas, entidades públicas y privadas con acceso al público, bancos, almacenes, centros comerciales, empresas, oficinas, entre otros. En función del lugar en el que se encuentre el individuo podrá ejercer diferentes derechos y deberá tolerarse una mayor o menor intromisión de terceros. Sobre el particular la sentencia T-407 de 2012 señaló:

*“El nivel de protección de la intimidad y de otras libertades individuales en estos espacios, varía en cada caso. Por ejemplo, en un establecimiento educativo o en una **oficina**, la posibilidad de restringir la intimidad, será menor que en un centro comercial. **Evidentemente, en dichos lugares, hay una comunidad con códigos de convivencia y reglas preestablecidas, que también comparte cierta intimidad circunscrita a la vida común en el contexto cerrado del trabajo y del establecimiento educativo al cual solo acceden los trabajadores, o los estudiantes y profesores.** Estos espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparten una actividad y en los que el acceso al público es restringido,*

son espacios semi-privados y, por ende, las injerencias a la intimidad y demás libertades que se ejercen en tales contextos, son limitados. Sin embargo, no son espacios privados, porque las acciones de cada uno de los individuos en una oficina, o en un establecimiento educativo, tiene repercusiones sociales: no se trata del individuo en su propio ámbito de acción, sino del individuo en una comunidad

De otro lado, los espacios semi-públicos, son lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido: un cine, un centro comercial, un estadio. A diferencia de los espacios públicos, en estos lugares puede exigirse determinada conducta a las personas y eventualmente requerirse condiciones para la entrada: por ejemplo la compra de una boleta para ingresar a un teatro, la necesidad de apagar los celulares en un cine y de guardar silencio, etc. Sin embargo, algunos requisitos no son tan estrictos como en los lugares semi-privados: para entrar a un centro comercial no es necesario que las personas tengan uniforme, como sí puede suceder en un colegio o en una oficina, ni tampoco se exige que las personas permanezcan en dicho espacio, a diferencia de los colegios u oficinas donde se debe cumplir con una jornada laboral. Aunque son sitios cerrados, hay gran flujo de personas y mayor libertad de acceso y movimiento, por lo cual las restricciones a la intimidad son tolerables por cuestiones de seguridad y por la mayor repercusión social de las conductas de las personas en dichos espacios"^[53] (Subrayas y negrillas no hacen parte del texto).

En suma, la clasificación del tipo de espacio es un factor relevante para definir el alcance del derecho a la intimidad así como el grado de protección que del mismo se desprende frente a las intervenciones de terceros. Su importancia radica, al menos *prima facie*, en la aptitud para identificar las diversas dimensiones físicas o virtuales en las que las personas se expresan o manifiestan y, a partir de allí, para precisar el grado de confidencialidad que pueden esperar respecto de su comportamiento.

Ahora bien, el lugar de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia, puede calificarse como un espacio semiprivado. Si bien para algunos efectos, en particular el relativo a la intervención de las autoridades públicas, puede calificarse como domicilio, los comportamientos y las relaciones que allí tienen lugar son de naturaleza muy diferente a las que se desarrollan en la residencia. Como se ha dejado dicho se trata de ámbitos en las que la interacción de quienes actúan o participan tiene repercusiones sociales y, en esa medida, el grado de protección del derecho a la intimidad es diferente.

En ese orden de ideas, las grabaciones subrepticias tomadas por la demandante a la Coordinadora de Turno, si bien se realizaron en un espacio semi-privado, lo cierto es que dicha grabación carece de autorización de la personas a quien se grabó de manera subrepticia, y en ese sentido no se sabe ese audio de donde proviene, ni como, ni cuando se grabó, ni quien o de quienes son las voces que allí se registran, y más allá de la autorización expresa de quien está siendo grabado, no se encuentra acreditado cual es el ámbito en el cual se está grabando la supuesta conversación, concluyendo entonces que con dicha grabación se está violando el

derecho a la intimidad, debido a que el acceso a la información personal se produjo sin autorización de su titular y en tal sentido no puede ser tenida en cuenta para su valoración.

Así las cosas, debe precisarse en primer lugar que no se logró acreditar dentro del plenario las causas que la demandante invocó en su carta de terminación de la relación laboral, pues si bien reposa carta emitida por la sociedad demandada aceptando la renuncia presentada por la actora, no obra dentro del plenario a efectos de analizar las causas que ésta aduce como imputables al empleador.

En ese sentido, vale la pena traer a colación la sentencia 1628 con Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrino:

*Para efecto de imponer esta condena, a más de las consideraciones expresadas en sede de casación, resulta pertinente recordar lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación en el sentido de que **cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, tiene la carga de demostrar, además de la decisión de la renuncia motivada comunicada al empleador al momento de su retiro, los hechos en los cuales edificó su decisión.** Ahora, si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde probarlos. Situación diferente acontece cuando el empleador es quien pone fin al vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador únicamente tiene el deber de probar el hecho del despido y al empleador las razones o motivos allí señalados (CSJ SL 22, abr, 1993 rad. 5272).*

Teniendo en cuenta lo anterior, de la prueba que reposa dentro del plenario no se logra sustraer con claridad que las razones que motivaron su decisión de dar por terminada la relación laboral obedezcan a las enlistadas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, modificado por el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, pues aunque se indica en el escrito de demanda que la carta de terminación no pudo ser aportada al presente asunto porque la misma fue entregada al ex empleador, lo cierto es que no se puede si quiera analizar las causas que la demandante adujo a efectos de determinar las circunstancias que alegó para dar por finalizado el contrato de trabajo, y en ese sentido, determinar si efectivamente hubo un despido indirecto o no, máxime si se tiene en cuenta que la misma demandante, en su interrogatorio de parte manifestó que el motivo de su renuncia obedeció a que no se sintió cómoda en el punto de Venecia, no podía vender, ni cumplía con las metas exigidas.

Así pues, conforme el acervo probatorio que reposa en el plenario, no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado de la actora, pues si bien alega una serie de tratos y presiones por la demandada, lo cierto es que de la carta de aceptación de renuncia presentada por la misma demandante, no permite inferir, que el vínculo feneció por causas imputables al empleador, sin que por tanto acreditara las justas causas que aduce que son imputables al empleador, resultando

por ende improcedente la indemnización reclamada, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** éste punto de decisión absolutoria proferida en primera instancia.

INDEMNIZACION MORATORIA:

Finalmente, manifiesta el apoderado de la parte demandada su inconformidad respecto de la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como quiera que a su consideración, el numeral 2º del artículo 47 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que el trabajador que esté vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido podrá dar por terminado el contrato mediante aviso escrito con antelación no inferior a 30 días, antelación que sigue vigente en el numeral 2º del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, y al no estar en controversia el tipo de vinculación de la demandante, la actora tenía la obligación de avisar con 30 días de antelación su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, dando aplicación al principio de la buena fe del contrato, a la que hace referencia el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo, la demandante presentó renuncia el 14 de julio de 2018, y su contrato finalizó ese mismo día, es decir, evidentemente no cumplió con esa obligación, por lo que no debe pretenderse que frente a una renuncia sorpresiva e intempestiva, en abierto incumplimiento de la buena fe, y si bien se está hablando de derechos ciertos e irrenunciables, la empresa demandada no puede sustraerse de la obligación de pagarle la liquidación, lo que no se le puede exigir es que ante una renuncia sorpresiva e intempestiva un día antes del pago de la quincena, con la cantidad de trabajadores que tiene la empresa, no puede dedicarse a una sola trabajadores y entrar a verificar si en su trabajo se le adeudan horas extras diurnas, festivos, etc., por lo que a la empresa se le debe dar un término prudencial para efectos de cumplir con su obligación de pagar la liquidación final de acreencias laborales, sin desconocer que el cálculo de la liquidación final incluye la verificación completa de los factores adicionales que afectan el valor de dicha liquidación y que necesitan calcularse sobre promedios a efectos de establecer el valor a pagar a la actora, y si efectivamente hubo una demora en el pago, obedeció a la renuncia sorpresiva por ésta presentada. Finalmente, señala que en el evento en que se confirme la imposición de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, solicita se liquide hasta el 23 de agosto de 2018, y no hasta el 28 como lo afirmó el Juez de instancia.

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

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del

empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *"en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables"* (CSJ SL12547-2017).

Así las cosas, a folio 159 del plenario reposa liquidación final de prestaciones sociales, mediante el cual se liquida el contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la demandante, finalizó el 14 de julio de 2018, y solo hasta el 23 de agosto de 2018 fue cancelada la misma, conforme documental visible a folio 7 del plenario.

No obstante lo anterior, señala el apoderado de la parte demandada que, la tardanza en el pago de la liquidación final de acreencias laborales obedeció a que la actora, a pesar de estar vinculada mediante contrato a término indefinido, no presentó el preaviso con el término de 30 días de antelación, y que ante la intempestiva renuncia por ésta presentada en época de quincena, le canceló hasta el 23 de agosto de 2018.

Así las cosas, lo primero que hay que precisar es que el numeral 1º del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo establece la figura del preaviso, el cual señala que si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a 30 días, éste se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

En ese orden de ideas, vale la pena aclarar que en el contrato a término indefinido no se encuentra contemplado el preaviso, en tanto que el mismo no requiere renovación, por lo que la Sala se aparta de la interpretación del apoderado de la sociedad accionada, como quiera que para la modalidad de contratación que mediaba a las partes, esto es, contrato de trabajo a término indefinido no aplica la figura de preaviso, tan solo aplica a los contratos a término fijo, como quiera que los mismos están sujetos a un plazo determinado.

Aclarado lo anterior, debe tenerse en cuenta que por tratarse de un contrato bilateral, cualquiera de las partes puede dar por terminado la relación laboral, y en atención a la clase de contrato, esto es, a término indefinido, se puede dar en cualquier momento.

En ese orden de ideas, no es cierto que la demandante debiera presentar preaviso para dar por terminado la relación laboral, por lo que al mismo momento de haberla presentado, y siendo aceptada por la accionada el 14 de julio de 2018, la compañía demandada tenía la obligación de cancelar la liquidación final de acreencias laborales el día siguiente a la finalización del vínculo laboral, no obstante, la misma fue cancelada hasta el 23 de agosto de 2018, por lo que los argumentos expuestos por el apoderado de la parte demandada no son suficientes para acreditar una

conducta de buena fe que conlleve a exonerarla de la imposición de la sanción moratoria establecida en el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, la Sala despachará desfavorablemente los argumentos expuestos por el recurrente, para en su lugar, **MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la SOCIEDAD COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA a pagar a la señora KELLY YOJANNA CELIS CORDOBA la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST un total de \$3.570.640, esto es, un día de salario por cada día de retardo, en la suma diaria de \$89.266, a partir del 15 de julio de 2018 hasta el 23 de agosto de 2018, fecha en la cual canceló a la demandante la liquidación final de acreencias laborales,

Frente la **indexación** ordenada por el Juez de instancia, vale la pena resaltar que de conformidad con la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras las sentencias SL3184 de 2020 y SL194 con Rad. 71154 del 23 de enero de 2019, debe tenerse en cuenta que la deuda por concepto de sanción moratoria es susceptible de sufrir un deterioro económico por el transcurso del tiempo, por lo que es susceptible de ordenar la indexación de la indemnización moratoria para traerla a valor actual, y así preservar su valor real, siendo compatibles ambas condenas, por lo que se despacha desfavorablemente la súplica incoada por el apoderado de la demandada, razón por la cual la suma de \$3.570.640 que fue ordenada pagar por concepto de moratoria de que trata el Art. 65 del CST, deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la SOCIEDAD COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL SA a pagar a la señora KELLY YOJANNA CELIS CORDOBA la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo un total de \$3.570.640, esto es, un día de salario por cada día de retardo, en la suma diaria de \$89.266, a partir del 15 de julio de 2018 hasta el 23 de agosto de 2018, fecha en la cual canceló a la demandante la liquidación final de acreencias laborales, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020 por el Juzgado 34º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

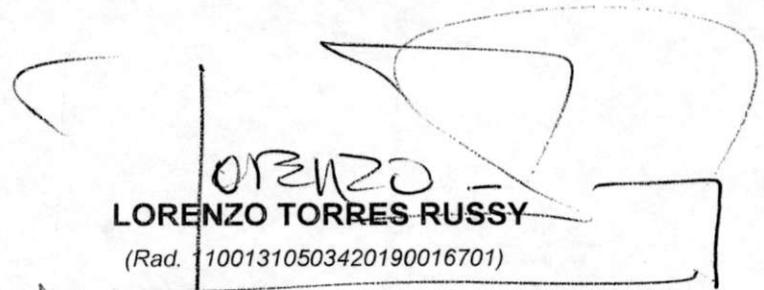
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

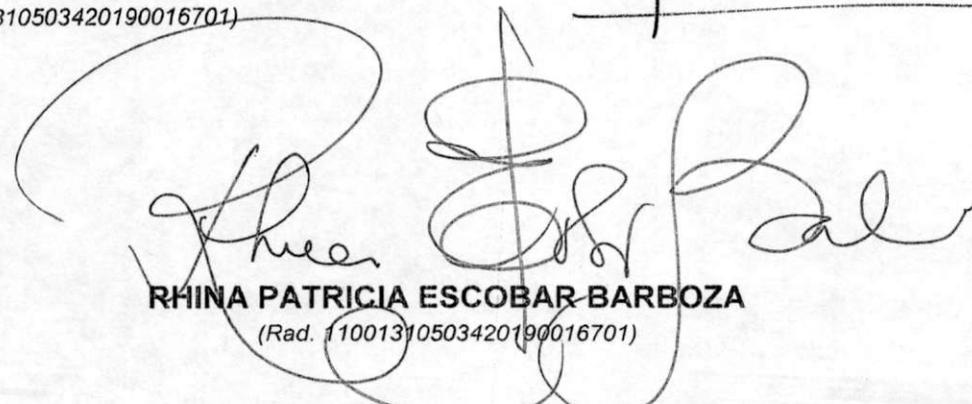
Ponente

(Rad. 11001310503420190016701)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503420190016701)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503420190016701)