REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 32-2019-633-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DELSY JOHANNA ROJAS PÉREZ

DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora DELSY ROJAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la EAAB y el Sindicato de trabajadores y empleados de servicios públicos, corporaciones autónomas, Institutos descentralizados y territorios de Colombia – Sintraemsdes, el 24 de noviembre de 2015, se pactó que los contratos de

trabajo de quienes se encontraban vinculados a la demandada para la fecha de la firma de dicho instrumento, son a término indefinido; se declare que se encuentra afiliada a la organización sindical en mención, por lo que es beneficiaria de la convención suscrita el 24 de noviembre de 2015 y en consecuencia el contrato suscrito entre ella y la demandada el 15 de marzo de 2013, pactado a término fijo junto con sus adiciones, en realidad es a término fijo; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada a insertar en su contrato que este es a término fijo. (fls. 3 y 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que los trabajadores de la demandada crearon la organización sindical *Sintraemsdes,* la cual fue debidamente inscrita y registrada ante el Ministerio del Trabajo, que la demandada y dicha organización celebraron el 24 de noviembre de 2015, convención colectiva de trabajo, la que en su artículo 57 establece que para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos se suscribirían a término indefinido y en su inciso 2 se determinó que los contratos de los trabajadores vinculados al 24 de noviembre de 2015, serían a término indefinido; de igual forma, el artículo 58 de dicho instrumento, señala que la demandada podía contratar trabajadores a término fijo, sólo cuando se trate de la realización de una labor determinada, trabajo ocasional, accidental o transitorio o para reemplazo en vacaciones o licencia.

Afirma que se vinculó al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo escrito a término fijo el 1 de marzo de 2013, pactándose su fin hasta el 31 de agosto de 2013, siendo contratada para desempeñar el cargo de tecnólogo administrativo nivel 30, cargo que subsiste en la planta de personal de la demandada, como también las causas que le dieron origen a este, que a través de memorando interno del 31 de julio de 2013, la demandada le informó que su contrato se prorrogaba entre el 1 de septiembre de 2013 al 31 de diciembre del mismo año, en el mismo cargo y nivel, nuevamente le informan sobre otras prórrogas entre el 1 de enero al 30 de abril de 2014 y entre el 1 de mayo al 30 de junio de dicha anualidad, del 1 de julio al 31 de diciembre de

2014, del 1 de enero al 31 de mayo de 2015 y del 1 de junio al 30 de noviembre de 2015.

Refiere que suscribió un nuevo contrato con la demandada a partir del 2 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016, contrato al que se le insertó el otrosí, para seguir ejerciendo el mismo cargo y en el mismo nivel, prorrogándolo hasta el 31 de diciembre de 2017, otro en similares términos prorrogando el contrato hasta el 31 de diciembre de 2018, luego al 31 de diciembre de 2019; prestando sus servicios de manera continua e ininterrumpida con la demandada entre el 1 de marzo de 2013 al 31 de diciembre de 2019 y que al ser beneficiaria de la convención colectiva vigente al interior de la demandada, se encuentra vinculada mediante contrato a término indefinido y por ello, su estabilidad no está sujeta al concurso de méritos al que hace alusión dicha convención, los que fueron establecidos para el ingreso de trabajadores con posterioridad a la firma de esta; señala por último que presentó reclamación ante la demandada el 25 de julio de 2019, la que fue respondida de manera negativa. (fls. 4 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los No. 1, 3, 8 a 26, 29 y 35; manifestó no constarle lo No. 2 y 4 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe. (fl.117)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación, ABSOLVIENDO a la demandada de las pretensiones incoadas por la demandante en su contra, condenándola a esta última en costas. (fl. 215)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando que no existía discusión respecto de la vinculación laboral de la demandante con la

demandada mediante contrato de trabajo en principio a término fijo y el que se demostró, ha sido objeto de varias prórrogas, debiéndose determinar si hay lugar a declarar que este es a término indefinido conforme la convención colectiva suscrita con la organización sindical Sintraemsdes. Señaló que en el plenario obraban los contratos de trabajo suscritos por la demandante en el año 2013 y en el 2015, los que habían sido objeto de prórrogas u otrosí para ampliar el término de duración de los mismos, tampoco ofrecía controversia la existencia de convención colectiva allegada a folio 54 del plenario con constancia de depósito ni la calidad de beneficiaria de dicha convención que ostenta la demandante.

Indicó que la convención colectiva de trabajo señalaba en el artículo 38, en cuanto a su planta personal que a partir de la firma de la misma, dicha planta estaría conformada por 3539 cargos, siendo la mínima 3618 trabajadores con sus respectivos cargos, por su parte el artículo 39 preveía que la EAAB, se comprometía a definir la estructura organizacional y la planta personal requerida y el parágrafo 3 de dicho artículo señalaba que la empresa se comprometía a implementar los procesos de selección para suplir las vacantes generadas, proceso que primero se surtiría al interior de la empresa con los empleados vinculados a término indefinido, fijo y por prestación de servicios, previo cumplimiento de los requisitos previstos para cada cargo, el artículo 42, establecía el escalafón de cargos, el 43, el proceso de selección, el artículo 49 preveía el régimen de transición para la vinculación de personal por el periodo de 5 años a partir del 1 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2020, para facilitar el ingreso de personal con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos, el artículo 50 señalaba los derechos de los trabajadores vinculados a través de contrato a término fijo o labor contratada, quienes tenían los mismos derechos previstos en el régimen de transición, el artículo 51 indicaba que la demandada podía contratar a personal a través de contrato a término fijo para suplir la planta transitoria, los que vencían el 30 de diciembre de 2015 y quienes laboraban en los procesos comerciales, operativos de acueducto y gestión social, proceso comercial y facturación del servicio de aseo, serían vinculados con contrato a término fijo en la planta permanente por un término inicial de 13 meses entre el 1 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016, los que se prorrogarán automáticamente,

indicó que el artículo 53 regulaba lo pertinente al concurso de méritos para vinculación a término indefinido, el 57 indicaba lo pertinente a las clases de contrato, según el cual, todos los contratos celebrados con los trabajadores, eran bajo la modalidad a término indefinido previo concurso de méritos, el 58 regulaba la contratación excepcional a término fijo.

Indicó que mediante el Acuerdo 24 de 2015 visible a folio 108, se creó la nueva planta de personal de la demandada y conforme a dicho caudal probatorio, se advertía que cuando la demandante en el año 2013 se vinculó con la demandada, conforme el contrato visible a folio 145, se señaló que con fundamentos en los artículos 23 a 25 de la convención colectiva 2012 – 2014, se venían adelantando los estudios correspondientes para definir el modelo público de gestión comercial, operativa y social de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, era necesario celebrar contratos a término fijo ya que dicho modelo tendría que estar listo en el año 2013 y teniendo en cuenta el acuerdo 23 de 2012, mediante la cual se creó una planta de personal de carácter transitorio de trabajadores oficiales a término fijo durante 12 meses para cumplir las funciones propias de la operación comercial de acueducto y gestión de la empresa, posteriormente se amplió su vigencia a través del Acuerdo 13 de 2013, luego a través del Acuerdo 14 de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015; observándose que el primero de los contratos suscritos por la demandante, estaba cobijado por los acuerdos en mención y posteriormente el segundo de los contratos el celebrado el 2 de diciembre de 2015, cobijado por la norma convencional 2015 – 2019 en la que se hacía referencia a un régimen de excepción que iría hasta el año 2020.

Así las cosas indicó que conforme a la convención colectiva y demás caudal probatorio, era claro que contrario a lo afirmado por la parte demandante, el artículo 57 de la convención colectiva hacía referencia a que los contratos de trabajo serían suscritos a término indefinido, ello no implicaba la modificación del término de los contratos a término fijo que estaban vigentes, sino que lo que buscaba dicha norma era que se proveerían los cargos a través de concurso de méritos y que quienes superen el mismo, sean vinculados a término indefinido, no que dichos contratos a término fijo, mutaban a término indefinido, por ello dicho acuerdo convencional establecía el régimen de

transición y la forma de proveer los cargos, desprendiéndose de la misma que los contratos a término fijo suscritos a la firma de ella, continuaban bajo la misma modalidad, por lo que mal podría entenderse que si bien el cargo que ocupa la demandante pertenece a la planta de personal, no significa que la demandante ostente derechos dentro del escalafón al que hace referencia la convención colectiva, debiendo ser provisto por concurso de méritos, dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada y no para quienes se habían vinculado de manera provisional como era el caso de la demandante mientras se establecía la planta de personal de la empresa, estableciéndose posteriormente en la convención que dichos cargos se proveerían por concurso de méritos, lo que busca evitar que dichos cargos se provean de manera burocrática, no pudiéndose interpretar el artículo 57 en mención de manera aislada, sino de manera armónica con las demás disposiciones convencionales. En tal medida, el cargo que ostentaba la demandante, debía ser provisto por concurso de méritos, el que como indicó la demandada, ya se había realizado y tenía lista de elegibles, debiéndose absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declarándose probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por esta.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que resultaba desalentador y violaba el debido proceso que el alegato de conclusión que presentó no había merecido la más mínima valoración ni alusión, siendo equivocada y errada la sentencia, violándose el artículo 164 del CGP, norma que señalaba que toda decisión debía fundarse en las pruebas allegadas oportunamente al proceso, ya que la decisión ignoraba la resolución 24 del 20 de noviembre de 2015, la que se aportó como prueba, valorándose únicamente los medios probatorios que favorecían a la empresa, aplicándose el principio de favorabilidad para al empresa y no al trabajador y dicha resolución ampliaba la planta transitoria y el acuerdo 14 de 2014, prorrogó la misma al 31 de diciembre de 2015 y que en ningún caso la vigencia de los contratos podría exceder esa fecha, anunciándose que los contratos no se prorrogaban a partir de dicha fecha y con la resolución 24 de 2015, la que era de suma trascendencia e importancia y a la que no se hizo mención, estaba estructurada sobre 4 pilares: la

imprescindibilidad de crear una planta de cargos a término indefinido a fin de garantizar y fortalecer la prestación de los servicios públicos domiciliarios, que existía concepto que recomendaba la creación de contratos a término indefinido y finalmente que dicho acuerdo nace de negociación con las organizaciones sindicales y se aprobó la creación de la planta de trabajadores a término indefinido, resolución que en su parte resolutiva indica que se crean 1193 cargos con contrato a término indefinido, entre los cuales se encuentra el de tecnóloga nivel 30 ocupado por la demandante, luego a partir del 30 de noviembre del año 2015, se debió haber dado cumplimiento a dicha resolución, contrario a ello, la demandada procedió a insertar unos otrosí en los contratos a fin de no dar cumplimiento a la misma.

Y 4 días después de dicho acuerdo, el acuerdo 24 se plasma en la convención la reiteración del acuerdo, esto es, que los contratos de los trabajadores vinculados a dicha data, serán a término indefinido, cuestión que es clara de dicho texto, y en acuerdo en mención no se señala que dichos cargos se deban proveer por concurso de méritos y la demandante ya llevaba 7 años laborando para la demandada, luego, su nombramiento no se estaba realizando a dedo y el inciso segundo del artículo 57 de la convención ratifica lo dicho en el acuerdo 24, esto es, que los contratos de todos los trabajadores de la demandada, son a término indefinido, por lo que se desconoce el tenor claro y expreso del inciso segundo del artículo en mención, así como del artículo 58 el que señala las opciones taxativas que tiene la empresa para contratar trabajadores a término fijo y de no estar en dichos eventos en los que no está enmarcada la labor de la demandante, indica que el contrato será a término indefinido, obligación que surgió para la demandada a partir del 20 de noviembre de 2015.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que en el presente asunto, no ofreció reparo la existencia de la relación laboral entre la demandante y la empresa de servicios públicos demandada a través de contrato de trabajo a término fijo, para desempeñarse en el cargo de tecnólogo administrativo nivel 30; prestación del servicio que inició el 1 de

marzo de 2013, cuestión esta última que fue aceptada por la demandada en respuesta a la narración del hecho No. 8 de escrito de demanda, de igual manera, aceptó las prórrogas efectuadas a dicho contrato inicial y que la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en la convención colectiva de trabajo pactada para la vigencia 2015 – 2019, allegada a folio 56 del plenario.

Así las cosas, corresponde analizar las disposiciones convencionales cuya aplicación invoca la parte demandante, a efecto de determinar si como este lo indica, su vinculación es a término indefinido; siendo la primera de estas el artículo 57 del cuerpo convencional en mención que señala en cuanto a la vinculación de los trabajadores de la demandada:

> *Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores, entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón.*

Por su parte, el artículo 58 indica:

> *La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*
>
> *De manera excepcional, la empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en lo eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de lo contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de los cuales se realizan.*
>
> *Así mismo, se autoriza en cao de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar. (…)*

De las normas convencionales antes transcritas, en especial el artículo 57, en el que se señala con claridad que los trabajadores que venían a la firma de dicha convención vinculados con la demandada como es el caso de la demandante, serían vinculados con contrato a término indefinido, se podría concluir en principio que la vinculación a término fijo de la demandante en realidad corresponde a término indefinido por virtud de dicha disposición.

No obstante lo anterior, conforme se verifica del primer contrato suscrito por la demandante con la demandada visible a folio 19 del plenario, la vinculación de la demandante tuvo como objeto el adelantamiento de los

estudios correspondientes para definir el modelo público de gestión comercial operativa y social de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, señalándose que por ello se hacía necesario la suscripción de contratos a término fijo por el periodo de 6 meses, conforme los artículos 23 a 25 de la convención colectiva 2012 – 2014, la que no fue aportada al plenario.

Así las cosas, se tiene que para la fecha de vigencia de la convención colectiva 2015 – 2019, cuya aplicación se depreca, el contrato laboral de la demandante se encontraba vigente pues como se indicó, el primero de ellos se suscribió el 1 de marzo de 2013, quedando igualmente demostrado que se prorrogó en múltiples ocasiones de manera ininterrumpida como se observa de folios 21 a 26 del plenario, prestación del servicio por virtud de dicho contrato que tuvo lugar hasta el 30 de noviembre de 2015 (fl. 26); observándose a folio 24 que la prórroga de dicho contrato obedeció a la ampliación de la vigencia de la **planta provisional** de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa creada por el Acuerdo 23 de 2012.

De igual forma, a folio 27 obra suscripción de nuevo contrato a término fijo entre la demandante y la demandada con fecha de inicio del 2 de diciembre de 2015, que también ha sufrido diferentes prórrogas como se observa de folios 30 a 32 del plenario.

Conforme lo señalado en precedencia, se itera que si bien a la firma de la convención colectiva 2015 – 2019 el contrario primigenio que unió a las partes en litigio se encontraba vigente, lo cierto es que este feneció el 30 de noviembre de 2015, de tal manera la nueva vinculación que tuvo lugar a partir del 2 de diciembre de la anualidad en mención se realizó en vigencia de dicho acuerdo convencional, sin que se haya alegado o se advierta unidad contractual alguna entre dichos vínculos, razón por la cual observa la sala que no puede predicarse que dicha vinculación de la demandante sea a término indefinido en los términos del artículo 57 de la convención tantas veces citada, siendo pertinente resaltar que tales instrumentos deben interpretarse de manera integral y la aportada al plenario regula en los

artículos 38 a 58 disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y conformación de la planta de la EAAB, que deben ser analizadas de manera sistemática y que señalan en lo que interesa a este asunto:

CAPITULO V ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EABESP: *La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.* ***Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva.*** *Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.*

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva. Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. *Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.*

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EABESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

(…)
Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años;, tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP

de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo. (…)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: *La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES RAD. 110013105-020-2019-00667-01 11 Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020,* ***para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP.*** *(…)*

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: *La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.*

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015). ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá ***definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EABESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (…)». (Negrilla fuera del texto original)***

En desarrollo de las anteriores normas, el artículo 53 de la convención analizada, dispone la creación de concurso de méritos dentro de la demandada para proveer las vacantes del personal bajo la modalidad a término indefinido que resulten de la adopción de la *planta de personal definitiva,* señala dicha disposición:

ARTÍCULO 53. CONSURSO DE MÉRITOS POR UNA ÚNICA VEZ PARA PROVEER LAS VACANTES QUE RESULTEN DE LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL. *Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores*

oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así Primera Convocatoria: Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria. (…)

Es así como del clausulado transcrito se logra determinar que si bien la demandada estipuló la contratación de sus trabajadores en la modalidad a término indefinido, salvo las excepciones previstas en los artículos 57 y 58 del instrumento convencional bajo análisis, en el mismo y como lo indica la demandada en sus alegaciones, se pactó por las partes que los trabajadores que venían laborando para la época en los *procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo,* terminarían su contratación para ser vinculados nuevamente a partir del 1 de diciembre de 2015 en planta de personal **permanente** de la demandada, mediante contratos a término fijo inicialmente por 13 meses y prorrogables durante la vigencia del régimen de transición antes descrito, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020, quedando demostrado como se dijo al inicio de las consideraciones de este pronunciamiento, que la demandante fue contratada para desempeñarse en dicho proceso, como se corrobora entre otros a folios 19 y 24 a 26 del plenario.

De igual manera y como lo indica la recurrente también en sus alegaciones si bien mediante el Acuerdo 024 del 20 de noviembre de 2015 aportado por la demandante a folio 108 del plenario y que modificó el Acuerdo 12 de 2007, se crea al interior de la demandada una planta de personal de 1193 cargos oficiales vinculados a través de contrato a término indefinido para garantizar *la prestación de las actividades de operación comercial, operativa de acueducto y de gestión social* en forma permanente y continua; lo cierto es que durante la vigencia del régimen de transición pactado convencionalmente, se le permitió a esta la provisión de dichos cargos a término fijo con el fin de garantizar el adelantamiento del respectivo concurso de méritos para proveer de manera definitiva los mismos.

Es así como atendiendo las condiciones particulares de la vinculación de la demandante, resulta claro que esta se aviene a lo previsto en el artículo 51 de la Convención Colectiva aportada, como quiera que fue en ella donde se pactó que la planta transitoria, a la cual se encontraba vinculada la actora, fenecía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato primigenio suscrito con la demandada y si bien como se señaló fue contratada nuevamente a partir del 2 de diciembre de 2015 para desempeñar el mismo cargo esto es, el de Tecnólogo Administrativo nivel 30, lo cierto es que esta vinculación bajo la modalidad a término fijo estaba autorizada por el acuerdo convencional, ya que se itera, quedó demostrado que dicho cargo pertenecía a la anterior planta provisional, siendo creado de manera definitiva según el artículo primero del ya referido Acuerdo 024 de 2015 al que le está encargado «*la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social*», a las que se refiere el denominado régimen de transición previsto en el artículo 51 de la convención bajo análisis y que permite «transitoriamente» la vinculación de este grupo de trabajadores a través de contrato a término fijo.

Por último, resulta pertinente indicar a la recurrente que la decisión de primer grado no permite concluir que se haya fallado de manera favorable a los intereses de la demandada, pues analizada la convención colectiva cuya aplicación se invoca, la creación del régimen de transición previsto en esta, lejos de desconocer los derechos de los trabajadores vinculados a la fecha de adopción de esta, garantiza la igualdad de oportunidades a estos para el acceso al trabajo, para lo cual como se vio, se diseñó el sistema de concurso de méritos en virtud del cual, los trabajadores con contrato a término fijo tienen la posibilidad de participar en él en aras de acceder a las vacantes a través de contrato a término indefinido.

Por los anteriores razonamientos, habrá de **confirmarse** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 12-2017-0182-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: EDUARDO LOZANO CHACON

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A., presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto.

ANTECEDENTES

El señor Eduardo Lozano Chacón por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación del actor a Protección S.A., y que como consecuencia de ello se declare la nulidad del formulario de afiliación, que continúa afiliado al Régimen de Prima Media, como consecuencia de lo anterior, se condene a Protección S.A. a realizar la devolución de los aportes al RPM administrado por Colpensiones, y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, que nació el 23 de diciembre de 1954, que para el momento de la presentación de la demanda cuenta con 62 años de edad, que estuvo afiliado al ISS entre el 31 de marzo de 1978 hasta el 1 de agosto de 2003, que para el mes de julio de 2003 un promotor de la AFP Protección lo visitó; que se trasladó de régimen pensional por medio de esta última; que el promotor le indujo al traslado con la promesa que el monto pensional iba a ser igual que en el ISS, que el asesor estaba en la obligación de informar de manera veraz y oportuna sobre los riesgos y consecuencias negativas que se generaría con el traslado de régimen pensional, que el fondo privado fue negligente en su deber de información; que solicitó la nulidad de la afiliación ante Protección S.A., el 20 de abril de 2016, pero que la entidad no contestó de fondo, y que de igual manera lo hizo ante Colpensiones el 10 de junio de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 y 11, y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación; cobro de lo no debido y buena fe.

Por su parte, Porvenir S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 7 a 9, no aceptó el 2, 3, 6 y 10 y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Protección S.A., contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó los numerales 2, 4, 5, 6 a 10 y no constarles los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento; saneamiento por ratificación de la nulidad alegada y prescripción.

Por su parte, Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, negó los numerales 3, 4, 6, 8, 9, y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción; falta de causa para pedir e

inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional de la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 13 de marzo de 1998 y las posteriores con Santander hoy Protección S.A. el 9 de junio de 2003.

CONDENÓ a Protección S.A. a la devolución de saldos de aportes y rendimientos del demandante con destino a Colpensiones.

ORDENÓ a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir el monto de los aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y se abstuvo de imponer costas.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, en este tipo de controversias es importante tener en cuenta el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que en reiterados pronunciamientos como en sentencias 31989 de 2008 y por lo menos hasta la sentencia SL4360 de 2019, han delimitado lo relacionado con

el consentimiento informado como requisito de esencia a los requisitos de la determinación para los reconocimientos de las relaciones jurídicas de afiliacion y cotización al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por las AFP del sector privado.

Que el demandante nació el 23 de diciembre de 1954, por lo que para el1 de abril de 1994 contaba con 39 años; que conforme el formulario de 1 de mayo de 1998 y retiro de 31 de julio de 2003, que se traslada de Porvenir S.A. a ING, por lo que no era beneficiario del régimen de transición, al no contar tampoco con la densidad de semanas, que ello no es óbice para la ineficacia o nulidad del traslado.

Que se tendrá en cuenta el criterio de la sentencia hito, esto es, la SL12136 de 2014, en la que se hizo la división de dos fenómenos como es de la anulación o nulidad del traslado por existencia de un vicio en el consentimiento, el otro es la ineficacia por la inexistencia de uno de los requisitos esenciales, como es la libertad informada.

Que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información y se requiere de un consentimiento informado, que la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones y la violación a los deberes de información se da incluso si tiene una expectativa o un derecho pensional consolidado.

Que el formulario suscrito con Porvenir S.A., el 13 de marzo de 1998, permite establecer que no hubo una información clara, suficiente y documentada; que no se observa información clara y suficiente suministrada al actor, que el formulario que obra a folio 121 del expediente no da elementos para evidenciar

el contenido mínimo y el alcance del deber de información. Que al evidenciar falencias en la información al demandante la relación jurídica con Porvenir y Protección se torna ineficaz, y al no establecer de manera puntual y específica, cuales fueron las condiciones y riesgos, y no demostrar que hay una libertad informada en el demandante y no es objeto de ratificación.

APELACIÓN

COLPENSIONES

"Me permito interponer recurso de apelación en el sentido de indicar que la parte demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-O62 de 2010 en cuanto a que no tiene el tiempo de servicios ni cuenta con la edad, que el despacho no tuvo en cuenta la prohibición que existe para realizar el cambio de regímenes, estipulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que aunque el juzgado declaró la ineficacia de la afiliación no ordenó devolver los gastos de administración, por ende, solicito que también sean devueltos porque el declarar la ineficacia quiere decir que nunca existió y por ende nunca surge el derecho tampoco de cobrar estos gastos de administración".

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado por Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Eduardo Lozano Chacón, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP PORVENIR S.A., el día 13 de marzo de 1998 y posteriormente con la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 9 de junio de 2003.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia

con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente**

que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que el señor Lozano Chacón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en su traslado inicial en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que tanto Porvenir S.A. como posteriormente Protección S.A., faltaron al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y***

> ***autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*
>
> *(ii)* ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***
>
> *(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)*

Es así como, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte de la demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió inicialmente (Porvenir S.A.), razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

Ahora, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

> *"(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo".*

De tal manera y contrario a lo afirmado por Colpensiones, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen peticionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Respecto de los gastos de administración, cuestión que es objeto de reproche por parte de la demandada Colpensiones, la Sala considera que le asiste razón y por tanto, se accederá a éstos, que fueron descontados de la cuenta individual del demandante, y que deben ser objeto de traslado hacia Colpensiones como consecuencia de la ineficacia del traslado siendo procedente ordenar su pago; así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, señalando:

> *Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*
>
> ***Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019). (****negrilla fuera del texto original)*

Es así como las administradoras demandadas contrario a lo señalado por e juez de instancia, deben efectuar el traslado de lo descontado por gastos de administración, respondiendo por dichas sumas, con su propio patrimonio si es del caso.

Luego, tal decisión no resulta desacertada, toda vez que, ello encuentra sustento, también, y recientemente en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la

información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia,** dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que el recurso de apelación de Colpensiones en este aspecto si sala avante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 13-2019-0366-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: DIANA MARCELA SANTAMARÍA MAJE

DEMANDADOS: QUAD GRAPHICS COLOMBIA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de junio de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la apoderada de la demandante.

ANTECEDENTES

La señora Diana Santamaría por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que el despido de fecha 16 de noviembre de 2016 es ineficaz y sin solución de continuidad hasta la fecha en que fue reintegrada el 28 de enero de 2016; como consecuencia de lo anterior, solicita se condena a la demandada al pago de salarios entre el 16 de noviembre de 2016 y el 28 de enero de 2019, junto con las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Caja de Compensación, indemnización de 180 días de salario por terminar el contrato de trabajo sin la debida autorización del Ministerio del Trabajo, indexación y costas del proceso.

Subsidiariamente solicita la existencia del contrato de trabajo entre el 16 de abril de 2012 y el 16 de noviembre de 2018, que el mismo terminó sin justa causa y que la decisión del empleador estuvo relacionada con la condición médica de la demandante.

Es así que, solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del CST y la equivalente a 180 días de salario al terminar el contrato de trabajo sin permiso del Ministerio del Trabajo.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició a laborar al servicio de la demandada el día 16 de abril de 2012 por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, con un salario de $1.661.100 y en el cargo de analista de almacén; que el día 1 de julio de 2012 fue reubicada por reestructuración en

el cargo de supervisor de retal, con un valor adicional a pagar como salario equivalente a $300.000; agrega que, prestó sus servicios a la demandada desde el año 2005 y hasta el año 2012 por medio de cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales; que en el año 2008 empezó con dolores en la mano derecha, que el 9 de abril de 2010 fue diagnosticada con tenosinovitis de Quervain derecha calificada como enfermedad laboral, que el 29 de julio de 2010 la ARL SURA envía el reporte a NUEVA EPS informando el diagnosticó y el origen de la patología; que ha estado en tratamiento de rehabilitación; que el 16 de noviembre de 2018 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa sin tener en cuenta su condición médica y sin permiso del Ministerio del Trabajo argumentando reestructuración de procesos operativos, que para ese momento se encontraba en tratamiento médico, que el empleador conocía de su estado de salud; que ante la decisión de la demandada interpuso acción de tutela que correspondió al Juzgado 5 Penal Municipal para Adolescentes con función de Control de Garantías, autoridad que dispuso amparar de manera transitoria los derechos de la actora y ordenó el reintegro, advirtiendo el plazo de 4 meses para interponer la acción judicial ordinaria ante el juez laboral, decisión que aunque fue impugnada, se confirmó el 19 de febrero de 2019; que para el reintegro se suscribió un acta la cual señala que falta a la verdad en su contenido; que el 043 de abril de 2019 la ARL SURA calificó la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 15.50%, por lo cual considera que se encuentra dentro del porcentaje establecido para ser beneficiaria de la protección laboral reforzada, que desde el reintegro el trato ha sido discriminatorio, victima de acoso laboral, causando desequilibrio emocional como consta en la historia clínica, y que es madre cabeza de familia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 3, 11, 12, 18, 19, 20, negó los numerales 4 a 9, 13, 15, 16, 17, 21, 22, 23, y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó improcedencia de fuero por estabilidad laboral reforzada; pago y cobro de lo no debido; buena fe de la compañía e improcedencia de la indemnización moratoria; la demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones; prescripción y enriquecimiento injusto.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones de la demanda. DECLARÓ probadas las excepciones formuladas por la demandada.

CONDENÓ al pago de costas a cargo de la parte demandante, teniendo como agencias en derecho la suma de $800.000.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

> "Que conforme las pretensiones procede a proferir sentencia, que conforme folios 21 a 39 se encuentra probado que la dte laboró desde el 16 de abril de 2012 hasta el 16 de nov de 2018, que mediante acción de tutela proferida el 03 de enero de 2019 se ordenó al reintegro de la misma y que debía acudir a la jurisdicción laboral en el término de 4 meses a partir de la expedición de esa providencia, la cual fue confirmada, folio 85, que la dda reintegró a la dte folios 89 y 90, el día 23 de enero de 2019; el despacho debe determinar si para la terminación del contrato el 16 de noviembre de 2018 por parte de la accionada a folio 39 requería del permiso del ministerio del trabajo; que la estabilidad laboral reforzada y la finalización de la relación laboral, verificando si la dte gozaba de estabilidad laboral reforzada conforme el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y el artículo 53 de la CP, para indicar la estabilidad en el empleo y el art 54; que el juez

debe tener presente ciertos criterios para evaluar la estabilidad laboral reforzada evaluando la posible vulneración de los derechos fundamentales con el objeto de determinar si es procedente el reintegro laboral; que conforme la sentencia T-018 de para acceder a la protección de la ley 361 de 1997 el trabajador debe demostrar que el motivo del despido fue su limitación y demostrar para dicha fecha su estado de salud, para establecer el grado de limitación carga que le corresponde a la parte demandante; que también la Corte Suprema de Justicia ha referido sobre la ley 361 de 1997, que se debe acreditar el grado de limitación que el trabajador tenía para el momento del despido sentencia 35606 del año 2006 y 32532 del 2008, para que un trabajador acceda a las protección del articulo 26 de la ley 361 de 1997 se requiere que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a. con una limitación moderada, perdida de capacidad laboral entre el 15 y el 25%, severa mayor del 25% pero inferior del 50% de perdida de capacidad laboral o c. profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50%; segundo, que el empleador conozca dicho estado de salud y tercero que termine la relación laboral por razón a la limitación física, y sin previa autorización del ministerio de la protección social; que en sentencia 39207 de 2007 se reitera la anterior postura, entre otras; que la Corte también ha considerado que la protección de la ley 361 de 1997 se refiere a las personas consideradas por esa ley como limitadas, es decir, todas aquellas personas que su discapacidad comience en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación no depende de una prueba especial, ya que lo que importa para que opere la estabilidad reforzada es que se pueda demostrar la discapacidad con un grado significativo debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse por los diferentes medios de prueba, incluso con los dictámenes de calificación de las juntas realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación que era evidente al momento del despido; que en el caso se tiene que la dte manifestó que inició el contrato el 16 de abril de 2012, que el 29 de julio de 2010 SURA la diagnosticó por su estado de salud, que recibió las recomendaciones laborales para el año 2016 por parte de la arl, que el 16 de noviembre se encontraba cumpliendo con todas sus obligaciones laborales pero que la calificación se dio hasta el 03 de abril de 2019, según folio 246 ya que en repetidas ocasiones se solicitó a los médicos de la eps y ellos consideraban que todavía estaba en rehabilitación y no remitieron dicha calificación, precisó que para el 16 de nov de 2018 terminación del contrato no estaba incapacitada ni tenía calificación de invalidez aun; que la testigo Ana Gómez manifestó que labora con la dda desde el 16 de febrero de 2004 y que actualmente es gerente de recursos humanos hace 12 años, que conoce a la dte desde el 2012 cuando ingresó a laborar y que lo hizo hasta novie del 2018, que el contrato finalizó porque la empresa ha realizado procesos de restructuración y se decidió terminar el contrato sin justa causa con el pago de la indemnización, que después ella presentó una tutela y le ordenaron el reintegro efectivo a partir del 23 de enero de 2019 hasta e 21 de mayo de 2019, por cuanto pasaron los 4 meses del reintegro transitorio y durante ese tiempo no presentó la dte la demanda, que el despido fue el 18 de nov de 2018, y que es una compañía del sector grafico que ha venido disminuyendo la producción por lo que desde el 2016 han venido ajustes en costos, gastos, y entre esos ajustes la terminación del contrato de la dte que era supervisor de retal a quien se le temrino el contrato sin justa causa pagando la indemnización correspondiente; que para dicha fecha no se encontraba incapacitada, tampoco tenía calificación, ni recomendaciones relacionadas con las enfermedades que le aquejan, que no tienen acceso a la historia laboral de los trabajadores y que si tuvieron conocimiento de unas recomendaciones en el 2013 que con el tiempo fueron mejorando; la calificación emitida por la ARL SURA de fecha 29 de julio de 2010 en donde se diagnostico el patología de la demandante, según folio 306; la calificación de

pérdida de capacidad laboral emitida por la ARL SURA mediante la cual se indicó un 15.5% con fecha de estructuración 14 de diciembre del año 2018 folios 246 a 249 y que para ello la aseguradora tuvo en cuenta la historia clínica y los antecedentes médicos respectivos; folios 314 incapacidades médicas que permiten ver que ha estado incapacitada de manera esporádica y no permanente que entre el 2017 y 2018 tuvo 35 días, siendo la última incapacidad del 9 al 17 de agosto de 2018, en consecuencia para la fecha del despido el 16 de nov de 2018 la dte no se encontraba incapacitada para laborar, tampoco se había configurado la pérdida de capacidad laboral toda vez que la fecha de estructuración fue diagnosticada por la arl para el día 14 de dic de 2108 cuando ya había finalizado el contrato de trabajo, que no se observa que hubiere estado impedida para prestar los servicios como consecuencia de una enfermedad laboral diagnosticada casi 10 años antes del despido, que si padecía de tal enfermedad laboral desde antes de vincularse con la dda aquella nunca le impidió desarrollar las labores encomendadas, por lo que no se comparte tampoco la protección constitucional de los jueces de tutela cuando fundamentan su decisión en un diagnóstico de 10 años atrás para colegir que para la fecha del despido se encontraba cobijada con la estabilidad laboral, que la fecha de estructuración fue posterior al despido inicial que le permitiera ser beneficiaria de una estabilidad laboral reforzada, no se acreditó que para la fecha del despido gozara de la protección de la ley 361 de 1997 y por tanto no era necesario que la demandada solicitara permiso ante el ministerio para la desvinculación, absolverá de esta pretensión principal; de la subsidiaria de la indemnización por despido sin justa causa se observa que para el momento de la terminación del contrato le fue cancelada por despido injusto en la suma de $11.458.718 folio 404, absolviendo también de esta pretensión. Declara probada la excepción improcedencia de fiero por estabilidad laboral reforzada. Costas a cargo de la demandante teniendo como agencias en derecho la suma de $800.000.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

"Manifiesta que interpone el recurso de apelación, precisando que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue despedida la actora se encuentran dentro del marco de protección de estabilidad laboral reforzada. Que dicha figura tiene desarrollo jurisprudencial y cita los destinatarios de esta protección; puntualiza en las personas que están impedidas para el ejercicio de sus labores en condiciones regulares, sin necesidad de una calificación previa que acredite una discapacidad; que en el caso de la dte el 16 de nov de 2018 en que fue despedida estaba diagnosticada con tenosinovitis de Quervain derecha, epicondilitis mixta derecha y tendinitis de flexoextensores bilateral, determinada como enfermedad laboral desde el 29 de julio de 2010 producto de las labores que desempeñó en la sociedad demandada desde el año 2005, por lo que la estabilidad laboral hace ineficaz el despido cuando la razón del mismo es la condición especial. Que el a quo refiere que no se encontró demostrada la disminución o pérdida de la capacidad laboral del dte y que ello se dio con posterioridad al contrato, que en el expediente están los documentos que dan cuenta del estado de salud de la

señora para el momento en que fue despedida, a folios 244 consta que asistió a consulta con la ARL SURA con la finalidad que le practicaran una infiltración y le hicieran reconocimiento de la perdida de capacidad laboral, folio 223 constancia de atención de secuelas de la enfermedad agendando la cita para el 29 de enero, que había solicitado la calificación con el fin que se impidiera su despido laboral, que reiteradamente solicitó citas médicas con el médico tratante para el 2018 procedimientos de infiltraciones, a folio 245 calificación de la pérdida de capacidad laboral con un equivalente al 15.50%, que si bien es cierto esta fecha es posterior al 18 de noviembre de 2018, lo que no quiere decir que para esa fecha la dte no padeciera ninguna patología o gozara plenamente de su salud, que los procesos de calificación de la capacidad son dispendiosos y lentos; que a folio 246 obra formato de calificación de perdida de capacidad laboral y ocupacional se señala que la fecha del dictamen fue el 29 de abril de 2019 y que la fecha de recepción para la recepción fue el 29 de marzo de 2019 y que la evaluación física fue practicada el 29 de enero de 2019, que las demoras administrativas no pueden ser endilgadas a mi representada quien desde el año 2009 viene siendo tratada por la ARL SURA y como lo manifestó en el interrogatorio solicitando a los médicos tratantes un dictamen definitivo y que la ARL siempre le dijo que tenía disponibilidad de mejoría en su tratamiento; que el 7 de dic de 2017 cuando fue operada e inicio el proceso de infiltraciones que tardó casi un año, siendo la última en dic del 2018 siendo la prueba fundamental que para el despido la dte se encontraba en un proceso para obtener un diagnóstico definitivo por parte de la ARL y la razón por la cual el 19 de nov de 2018 la dte no tuviera definida la situación de perdida de capacidad laboral, ya que para ese entonces tenía prevista un procedimiento de infiltración para el mes de dic de 2018, pero ello no significa que el empleador desconozca que la dte padecía una enfermedad laboral, y que no le permitía desarrollar sus labores normalmente. Que lo dicho se ratifica con los documentos que contienen la calificación de la capacidad laboral, que se demuestra el proceso en el cual se encontraba la dte para el momento del despido para lo cual cita y menciona que la dte ha padecido grandes dolores desde el 7 de dic de 2017 citando los procedimientos practicados, sin lograr control del dolor, que padece fuertes dolores en miembros superiores que limitan las actividades diarias, cita que presenta dificultades para tomar transporte público, que no puede agarrarse, que tiene dificultades para realizar los quehaceres diarios y actividades que representen fuerza muscular folio 247 del expediente; que las pruebas testimoniales de la demandada tenidas en cuenta se contradicen con las pruebas documentales allegadas con la dda, ya que con la contestación se afirmó que la empresa desconocía el estado de salud de la dte y que esta no alertó sobre el mismo, folios 251 y siguientes registro de comunicaciones escritas enviadas por la ARL SURA a la empresa indicando recomendaciones para el desempeño laboral de la trabajadora, folio 255 visita de la ARL, que en esta caso deben ampararse también los tratados internacionales ratificados por Colombia entre ellas la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra personas con discapacidad aprobado por Colombia mediante la Ley 762 de 2002 la cual califica la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial ya sea de naturaleza permanente o temporal que limita la capacidad de ejercer una o mas actividades esenciales de la vida diaria que puede ser causada o agravada en su entorno económico y social. Que la sentencia T-181 de 2014 acredita no solo la estabilidad laboral reforzada no solo de las personas con discapacidad grave o permanente o calificación de la invalidez sino también de aquellos que por su estado de salud se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, que esta probado en el folio 306 comunicación expedida por la arl sura en la que se especifican las patologías que padece la dte; que aunque en el interrogatorio de parte se establece que la relación laboral directa se

formalizó con la sociedad demandada en el año 2012 no se puede desconocer que la dte comenzó a trabajar para dicha sociedad desde el mes de junio del año 2005 lo cual se narró en los hechos de la demanda fecha en la cual ingresó de manera efectiva a prestar sus servicios para la demandada como digitadora, que sin embargo la contratación directa y en ese entonces y hasta el año 2012 siempre se realizó con la participación de intermediarios, con cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales siempre con las mismas labores, contrato que se mantuvo hasta el mes de febrero de 2009; durante los años 2009 a 2011 estuvo por medio de empresas de servicios temporales, contrataciones que finalizaron con la contratación directa, que pese a los cambios de empleador e intermediarios, la dte ejecutó sus tareas desde el año 2005 para la dda y que fue allí donde adquirió la enfermedad profesional que fue dictaminada en el año 2009. Solicito se tengan como pruebas y que aportare al despacho para que sean remitidas con el presente audio, las copias del contrato de trabajo suscrito entre las partes y tres contratos de trabajo adicionales con las cuales se evidencian que la labor y tareas desempeñadas por la dte desde el año 2005 fueron realizadas para la dda, en este estado dejo sustentado el recurso y solicito se revoque la sentencia.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta el punto de inconformidad, y que obedecen a: la denegación de la pretensión principal referida a la ineficacia del despido del día 16 de noviembre de 2018 por encontrarse la demandante amparada por el fuero de salud de estabilidad laboral reforzada conforme la Ley 361 de 1997.

Se tiene que, la recurrente insiste en que, para el día 16 de noviembre de 2018 la demandante se encontraba amparada por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esto es, que estaba protegida por la estabilidad laboral reforzada, en tanto que, para ese momento estaba pendiente para que por parte de la ARL SURA se profiriera un diagnóstico definitivo y tratamiento de la patología padecida la cual obedece a tenosinovitis de Quervain derecha, epicondilitis mixta derecha y tendinitis de flexo extensores bilateral, además

que tenía previsto un procedimiento de infiltración para el mes de diciembre de 2018.

Frente a lo anterior, cabe resaltar que para la fecha de la desvinculación de la actora, ésta no acreditó que la patología referida impidiera en el normal desarrollo de su trabajo o labores a favor de la demandada, por ende, en este punto es pertinente recordar en su tenor literal lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma de la que si bien no se invoca su protección en las pretensiones, hace parte del recurso:

> *"En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.*
>
> *No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complemente a aclaren.*

Valga aclarar que, para la aplicación de la dicha disposición el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, ha sentado las reglas a tener en cuenta por los operadores judiciales en casos como el que hoy ocupa la atención de esta Tribunal, entre otras, en la sentencia SL572-2021 de fecha 24 de febrero de 2021, con radicado 86728, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, en síntesis que, la estabilidad laboral reforzada procede para los trabajadores que padecen limitaciones en grado severo o profundo independiente del origen que tengan, y de un reconocimiento e identificación previas; que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo *ibídem,*

no es aplicable a cualquier deterioro y/o afectación en la salud, o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, que por cierto tampoco se evidencia que para el 16 de noviembre de 2018 hubiere estado incapacitada, puesto que es necesario que se acredite la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a 15%.

Ahora, si bien el dictamen de pérdida de capacidad laboral (fls.246 a 249) de fecha 29 de marzo de 2019 arrojó un 15.5%, lo cierto es que, que la fecha de estructuración data del día 14 de diciembre de 2018, es decir, con posterioridad a la fecha del despido sin justa causa, que dicho sea de paso, no está en controversia que la accionada sufragó el valor de la correspondiente indemnización, por ende, no puede predicarse que para la fecha de terminación del contrato de trabajo la demandante se encontrare bajo una limitación física, psíquica o sensorial, y menos que le impidiera realizar las actividades a su cargo.

Con todo, considera la Sala que se presenta absoluta orfandad probatoria respecto del supuesto de hecho que persigue el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, comoquiera que, tampoco se acreditó que la finalización del vínculo laboral estuviera relacionada con circunstancias relacionadas a su estado de salud, indicativas de actos de discriminación en razón a sus padecimientos médicos.

Por último, arguye la recurrente que se debe tener en cuenta los contratos de trabajo adicionales con los que pretende evidenciar las labores desempeñadas por la demandante desde el 2005, frente a lo cual se considera que, en el debate probatorio siempre se tuvo conforme los hechos

de la demanda que la promotora inició sus labores al servicio de la convocada desde el 16 de abril de 2012, por lo que, las pruebas que relaciona no son conducentes ni pertinentes, además que, esta no es la oportunidad procesal correspondiente para allegar las mismas, teniendo en cuenta que manifestó que las haría llegar al trámite, y que en gracia de discusión, su valoración hace parte y es natural del proceso de calificación por parte de las entidades facultades para determinar su procedencia.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO DE JOHN JAIRO FLOREZ PLATA VS METALCARCOS SAS, GUILLERMO EFRAIN GOMEZ DAZA Y DIANA MILENA GUTIERREZ MUETE RAD 31-2018-427-02

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGATOS

Dentro del término concedido en auto anterior, el apoderado de la parte actora allegó alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES

JOHN JAIRO FLOREZ PLATA, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra la **METALARCOS LTDA, GUILLERMO EFRAIN GOMEZ DAZA Y DIANA MILENA GUTIERREZ MUETE**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia**, se declare la existencia de dos contratos de prestación de servicios y en consecuencia se les condene a pagar la suma de tres salarios mínimos o suma fija pactada en el contrato, la suma de $35.558.635 equivalente al 20% de la suma que lograra reducir de $177.793.178, equivalente a la prima de éxito**

pactada, al pago de seis millones de pesos por la representación en proceso ejecutivo, intereses moratorios, indexación, extra y ultra petita , costas y agencias en derecho. (Fls 5 al 29).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones y en síntesis afirma la parte actora que luego del cruce de correos en donde sen envían documentos y poder, el 21 de mayo de 2016 se adjuntó mediante correo contrato de honorarios para iniciar proceso en contra de ECOTECNOLOGÍAS , en donde se pactó el 30% del resultado económico, que el 7 de junio de 2016 se adjunta un poder para otro proceso que cursaba en contra de la demandada en Norte de Santander, que el 10 de junio se adjunta poder para presentar acción de tutela, que se hizo todo el trámite de la misma que el 20 de agosto de 2016, se emite factura de venta por concepto de honorarios por asistencia dos veces al juzgado de Tibú en Norte de Santander, por tramite de embargo y de la tutela, que las labores de representación se extendieron hasta el 2018, fecha en que le informaron que contaban con otra abogada, que el 30 de julio de 2018 y ante lo indicado por los demandados el demandante renuncia al poder, que los demandados no han cancelado los honorarios. (fls 5 al 29).

Los demandados fueron representados por curador ad litem, tal y como consta a folio 283, quien contestó la demanda tal y como consta a folios 300 al 304, en la que manifestó no le constaban la mayoría de los hechos, mientras que de otros dijo ser ciertos dada la documental aportada. En cuanto a las pretensiones manifestó atenerse a lo probado en el proceso y propuso la excepción que denominó genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado 31 Laboral del circuito de Bogotá, profirió sentencia el siete (7) de septiembre de 2020, por medio de la cual decidió CONDENAR a la demandada METALARCOS SAS, a pagar al demandante tres salarios mínimos a 2018 debidamente indexados,

ABSOLVER a los demandados en forma solidaria y condenó en costas- (fls 314 y siguientes).

Para llegar a esa conclusión aseguró el Juez: *"Lo primero que tendríamos que entrar a determinar es cuál es la pertinencia de la intervención de la procuraduría general de la nación por intermedio de sus delegados. Para lo que debemos tener en cuenta lo establecido por la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, en sentencia del 23 de septiembre de 2009, radicación 36132 en donde se señaló: para la sala es claro es claro que el ministerio público por intermedio de sus procuradores judiciales en lo laboral, están plenamente facultados para intervenir en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción del trabajo, como expresamente lo indica el artículo 16 del código procesal laboral, por lo que podrán sin restricción de ninguna naturaleza, ejercer sus actividades para la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial, por así autorizarlo la constitución política, artículo 118, y para la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, numeral 7 del artículo 177 de la constitución política, artículo 56 del decreto 2651 de 1991, artículo 10 de la ley 25 de 1894, artículo 48 del decreto 262 de 2000. Obviamente, esta intervención del ministerio público en los procesos laborales, no puede enmarcarse dentro de los esquemas fijados a las partes, por cuanto la constitución política la garantiza, artículo 277 numeral 7, cuando que sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. Lo que quiere decir que, frente a alguno de estos bienes jurídicos, protegidos por el Constituyente, en el evento que el procurador o sus delegados considere necesaria su intervención, lo podrá hacer, ya sea formulando alegatos, interponiendo acciones o incidentes, proponiendo excepciones, solicitando pruebas y participando en su práctica, o rindiendo conceptos e informes que requieran su defensa, pues como lo indica el precitado artículo 277 ibídem, en su inciso final, para el cumplimiento de sus funciones la procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias. Actuación que deberá entenderse y acomodarse a los parámetros y principios que gobiernan el proceso laboral. Por lo que es claro, en el caso que nos ocupa que el señor procurador estaba plenamente facultado para intervenir en el presente proceso, como a bien lo hizo, participando en la práctica de pruebas y rindiendo un concepto final. Tendríamos que determinar ahora,* ***comoquiera que los 3 demandados se encuentran representados por curador ad litem, si se cumplió o no con lo dispuesto en el artículo 29 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, esto es, si se publicó un edicto emplazatorio en un diario de amplia circulación nacional. Al revisar el expediente se advierte que de folios 308, 309 y 310 del expediente, se acredita la publicación del edicto emplazatorio en el diario el nuevo siglo, el domingo 23 de febrero de 2020****. Por lo que se acredita el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del código procesal del trabajo y de la seguridad social. El artículo 73 del código general del proceso consagra el derecho de postulación, señalando, las personas que hayan de comparecer al proceso*

deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa. Artículo 75. Designación y sustitución de apoderados. Podrá conferirse poder a uno o varios abogados. Igualmente podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. En este evento, podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la firma. El artículo 76 del código general del proceso, sobre la terminación del poder indica: El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso. El auto que admite la revocación no tendrá recursos. Dentro de los treinta 30 días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral. Igual derecho tienen los herederos y el cónyuge sobreviviente del apoderado fallecido. La renuncia no pone término al poder sino 5 días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido. La corte suprema de justicia, sala de casación laboral, ha señalado que el contrato de prestación de servicios profesionales es un contrato oneroso, no puede entenderse que es gratuito, salvo que exista estipulación en contrario de su gratuidad. La sentencia del 10 de diciembre de 1997, siendo magistrado ponente el doctor Francisco Escobar Henriquez señaló: la prestación de servicios profesionales de abogado genera honorarios, aunque no se hubieren acordado, en principio el régimen legal que regula la prestación personal de servicios de los abogados es el previsto para el contrato de mandato, del libro 4, titulo 28 del código civil, no solo por la naturaleza misma de la actividad que cumple dichos profesionales, sino en virtud de lo definido por el artículo 2144 de dicho estatuto, en tanto prevé que los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios o que implica la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros se sujetan a las reglas de mandato. Así, en lo que toca la retribución el artículo 2143 del código civil dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado, y que la remuneración es la determinada por la convención de las partes, por la ley o por el juez, de otro lado el artículo 2184 ordinal 3 del mismo código define que el mandante está obligado, entre otras cosas, a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o la usual, de consiguiente si como acontece en el caso de autos, un abogado ha prestado sus servicios sin haber acordado honorarios y no consta que haya renunciado a ellos, los haya supeditado a la consecución de un objetivo determinado, corresponde entender que se le deben los usuales en consideración a la índole, cantidad, calidad e intensidad de las labores cumplidas, por lo tanto, si para esta hipótesis los contratantes disputan ante la justicia en torno a la existencia y al monto de los honorarios, el juzgador ha de

definir en primer término si estos en verdad se causaron, para luego determinar su labor. La causación dependerá de que se demuestre en el plenario la prestación de servicios, mientras que la fijación de la cuantía requerirá del establecimiento de la remuneración usual, esto es, lo que acostumbran los abogados, cuya prueba deberá efectuarse en los términos del artículo 189 del código civil, vale decir con apoyo en testimonios o en documentos auténticos, como pueden ser las tarifas definidas con aprobación del ministerio de justicia por los colegios respectivos. Procedemos entonces a revisar el caso que nos ocupa. Dentro del expediente, en ***documento físico se aporta a folio 76 del plenario, un contrato de prestación de servicios profesionales entre la empresa metalarco ltda, como contratante, y John Jairo Flores Plata como contratista, contrato que versaba supuestamente sobre cobro de la factura de venta 0576 y sobre otras obligaciones, pero este documento no está firmado, no tiene ningún valor probatorio, porque no tiene firma alguna.*** *Por lo que no se podría dar cuenta de la existencia real de dicho contrato de prestación de servicios. A folio 79 del plenario, aparece un poder para iniciar un proceso ejecutivo de menor cuantía, de metalarcos ltda, contra ecotecnologías s.a.s., aparece ya firmado por el representante legal de metalarcos ltda y por el demandante. Se aporta igualmente dentro del plenario, copia de la demanda que fue radicada ante los juzgados civiles municipales de Bogotá, en donde se solicitaba iniciar un proceso ejecutivo en contra de ecotecnologías s.a. por la suma de $31.203.400, aparece igualmente el mandamiento de pago proferido por el juzgado 66 civil municipal de Bogotá, del 29 de septiembre de 2016, en donde se reconoce que el apoderado es el doctor John Jairo Flores Plata, se aporta igualmente dentro del expediente los oficios de medidas cautelares que fueron librados por el despacho. Aparece igualmente dentro del proceso, y dentro de los hechos planteados en la demanda, que frente a este primer proceso, esta primer actuación que se originó para obtener el cobro de la factura 576 contra ecotecnología s.a., proceso que se reitera se tramitó ante el juzgado 66 civil municipal de Bogotá, porque está probado, y en donde el hoy demandante del apoderado aparece una renuncia de poder del 30 de junio de 2018, y esta renuncia de poder que se advierte, aparece a folio 209 del expediente, dirigida al juez 66 civil municipal de Bogotá, dice de fecha 30 de julio, se reitera, del 2018, indica: John Jairo Flores Plata, vecino de esta ciudad, identificado con cedula de ciudadanía 80.224.074, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional 194.277, expedida por el honorable consejo superior de la judicatura, obrando como apoderado dentro del proceso de la referencia de metalarcos ltda, me permito manifestar por conducto del presente escrito que renuncio al poder otorgado, pues al parecer, según lo indicado por mi poderdante, la demandante ha pagado las sumas perseguidas en este proceso, de igual forma informo al despacho que la otorgante del poder no ha cancelado su escrito ningún concepto o valor por concepto de los honorarios pactados como apoderado dentro del proceso de la referencia. Lo primero que debe resaltarse es que efectivamente está probado que el hoy demandante actuó como apoderado dentro del proceso que se tramitó en el juzgado 66 civil municipal de Bogotá, radicó la demanda, en virtud de la cual se libró mandamiento de pago, se libraron oficios, y renunció.* ***No está probado ninguna otra actuación adicional, no está probado que se hayan recuperado sumas de dinero,***

toda vez que al firmar no es probado. Indica el apoderado en los hechos de la demanda que no se le canceló suma alguna por su actuación, carga de la prueba que le correspondía a la parte demandada por constituir una negación indefinida. Y aquí, frente a este primer proceso, debemos tener en cuenta no el contrato de prestación de servicios, porque se reitera, no está firmado, por lo que no puede tener ningún valor probatorio, sino lo establecido por la tarifa de honorarios de conalbos vigente para la época en que se prestó el servicio profesional, esto es, desde el año 2016, finales que se radicó la demanda, hasta julio del año 2018 que el renuncia al poder, y aquí en estos procesos ejecutivos de menor cuantía, los honorarios se estiman en 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes. *Por lo que en el caso que nos ocupa, son los honorarios a que tendrá derecho la parte demandante por sus actuaciones frente a ecotecnologías s.a., porque se reitera, no existe prueba alguna ni del contrato de prestación de servicios, ni que efectivamente la empresa hoy demandada haya recibido, haya recaudado sumas de dinero. El segundo bloque de actuaciones que alega la parte demandante ejecutó, son las que tienen que ver en sus trámites dentro de la acción de tutela, señalando en los hechos de la demanda que se le confirió poder a la abogada Diana Marcela Sollorza Lamos, porque formaba parte de su oficina de abogados, por lo que es el el que reclama los honorarios. Comparece como testigo Nancy Paola Salamanca, testigo que además de ser completamente imprecisa en su declaración, en el momento en que esta operadora judicial la requiere para que no lea lo que tiene escrito en un papel, quedó completamente desconcertada, y no supo que decir. Ya cuando se le pide que mire a la cámara, no sabe que responder, su respuesta es: no se que procesos, no se de que juzgado, no se la remuneración, ya no sabía nada cuando tenía que responder sin mirar el papel. Ella dice que el demandante le llevaba procesos a la demandada, que hacía consultas también, que para el año 2016 se haría una asesoría adicional y consultas, que había una abogada Diana Marcela Sornoza que trabajaba para la oficina. Es lo único que ella dice de esta abogada diana marcela Sornoza, porque es en ese momento en que esta operadora judicial le dice por favor no lea, conteste. Y frente a las segundas preguntas dice: no se que procesos, no se qué juzgado, no se la remuneración, dice ella que en todos los trámites se hace un contrato de prestación de servicios y se radica una factura, por lo que es claro que la testigo Nancy Paola Salamanca, quien dice que es abogada de cartera en este momento, de manera alguna se puede inferir válidamente que las actuaciones desplegadas como abogada por Diana Marcela Sornoza Lamos, los honorarios no le correspondieran a ella, sino que por el contrario le correspondieran al demandante John Jairo Florez, pero si en gracia de discusión se admitiera que los honorarios son para John Jairo Florez Plata y no para Diana Marcela Sornoza Lamos, tenemos que al revisar la documental obrante dentro del plenario y lo confesado en los hechos de la demanda, hecho 33, por esta actuación, esto es, lo actuado en el juzgado 21 de Santander y por la acción de tutela, se presentó una cuenta de cobro, y que dicha cuenta de cobro fue cancelada. Me permito volver a leer el hecho 33 de la demanda: El 20 de agosto de 2016, el doctor Flores mediante correo electrónico dirigido a los demandados, adjunta factura de venta 172, emitida por concepto de los honorarios profesionales por la asistencia durante 2 veces al juzgado 21 de*

Santander al resolver lo del embargo y los honorarios profesionales por el trámite de la acción de tutela, instaurada con el fin de que se tutelaran los derechos al debido proceso, acceso a la correcta administración de justicia que se encontraban transgredidos por el juzgado promiscuo municipal de Tibú norte de Santander, así como la vulneración a los principios de buena fe, confianza legitima, depositada en la administración de justicia a favor de la sociedad metalarcos por la suma de $1.599.536, suma que fue pagada solo hasta el 9 de marzo de 2016. Y a folio 168 del expediente, aparece un comprobante de consignación del banco caja social por ese monto, por lo que es claro, que si en gracia de discusión se admitiera que esos honorarios, es decir, por todo lo actuado en primer lugar para ante el juzgado 21 de Tibú norte de Santander, radicación 2015 180 y la tutela que primero se instauro en el juzgado 1 civil del circuito de Soacha, que fue rechazada, y posteriormente el juzgado 4 civil del circuito de Cúcuta, que si prosperó, el cobró la suma de $1.599.536, y ese monto fue pagado como se confiesa en el hecho 33 de la demanda y como se evidencia en el folio 168 del expediente, por lo que en el caso que nos ocupa el demandante no tendría derecho alguno a pago adicional al que fue confesado en los hechos de la demanda por dicha actuación. Por lo que es claro que la parte demandada lo único que le adeudaría al demandante, por las actuaciones surtidas en contra de ecotecnologías s.a. es la suma de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, del año 2018, por qué del año 2018, porque fue en el año 2018 cuando renunció al poder, solicita que se condene al pago de intereses moratorios, sin embargo, para que se pueda condenar al pago de intereses moratorios se requiere una consagración expresa y en el caso que nos ocupa no existe consagración expresa para el pago de intereses moratorios, y el ejercicio de la profesión de abogado no es una profesión mercantil que implique el pago de intereses moratorios, por lo que en el caso que nos ocupa no habrá lugar ni al pago de intereses moratorios ni al pago de intereses corrientes, ni mucho menos al pago de los intereses legales, por cuanto no se probó que el pago de intereses estaba establecido. Sin embargo, como el pago debió realizarse en el año 2018 y estamos en el año 2020, estos 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes del año 2018 deberán ser pagados debidamente indexados. ***Se está solicitando igualmente que se condene solidariamente a Guillermo Efraín Gómez Daza y a Dana Milena Gutiérrez Mote, por ser beneficiarios del trabajo del demandante, y aquí es importante anotar que la solidaridad se consagra frente a las sociedades de personas y metalarcos s.a.s, no es una sociedad de personas, es una sociedad de capital, por lo que en el caso que nos ocupa, no procede la condena solidaria, en contra de Guillermo Efraín Gómez Daza y en contra de Diana Milena Gutiérrez Mote.*** *Sobre las costas y agencias en derecho, la parte que resulte vencida debe ser condenada al pago de costas y agencias en derecho, en este caso, la vencida es metalarcos s.a.s. quien deberá ser condenada al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. En mérito de lo expuesto, el juzgado 31 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:*

1. *Condenar a la demandada metalarcos s.a.s. a recocer y pagar al demandante John Jairo Flores Plata la suma de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, liquidados al año 2018;*

2. *Condenar a la demandada metalarcos s.a.s. a reconocer y pagar al demandante John Jairo Flores Plata los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes del año 2018, debidamente indexados.*
3. *Condenar al pago de costas y agencias en derecho a metalarcos s.a.s., en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.*
4. *Absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a los demandados Guillermo Efraín Gómez Daza y Diana Milena Gutiérrez Mute. "*

Inconforme con esta decisión la parte actora interpone recurso así: *"En primer lugar, no sobra decir al despacho y traer a colación lo ya reconocido por la jurisprudencia de la honorable corte suprema se ha venido reconociendo y es que los contratos no son gratuitos a menos de que se pacten por escrito. Partiendo de este punto, en primer lugar quisiera traer a colación* ***y que lo primero que debió haberse resuelto era la consecuencia que trae el artículo 372 del código general del proceso, numeral 4.*** *Y por que quiero llamar en primer lugar a este artículo, resulta que las demandadas, si bien es cierto se notificaron y actuaron ante el presente asunto a través de curador ad litem, debe advertirse que en primer lugar* ***una de las demandadas, la señora se presentó al proceso y no se opuso a la demanda, y lo que solicitó fue el nombramiento de un abogado de oficio.*** *Nótese que con esta manifestación o intervención de parte de la demandada no hubo reparo alguno frente al contrato que hoy se tilda de que no tiene validez porque no tiene una firma. Yo quisiera llamar la atención a lo siguiente: si bien es cierto, en épocas anteriores lo común era que se le diera plena validez solamente a aquellos documentos que estuvieran suscritos por las partes,* ***no se puede desconocer acuerdos verbales, tanto así es que la jurisdicción laboral, existe no solamente el contrato laboral escrito sino también se reconoce la validez del contrato verbal,*** *y en este orden de ideas no podría desconocerse un acuerdo que fue llevado de manera verbal y que se tradujo en un contrato que fue remitido al correo electrónico de la demandada, la cual lo recibió junto con el poder y que fue devuelto el poder y frente al cual no se presentó ninguna prueba de que se hubiera objetado y la demandada que hizo parte del proceso, si bien es cierto no con abogado y no en la contestación de la demandada, no manifestó objeción alguna frente a este documento.* ***Y entonces aquí si revisamos las consecuencias que contiene este artículo 372, señala lo siguiente, el numeral 4 señala que en el evento en que la parte demandada no comparezca al proceso, se tomaran por ciertos los hechos susceptibles de confesión, y tenemos entonces que ninguno de los hechos, como lo ha señalado aquí al despacho, que fueron varios, fueron ni siquiera objetados, lo que da cuenta entonces es que trae a la virtualidad de que existió un contrato.*** *Y un contrato que como lo acabo de mencionar, si bien es cierto, no está firmado, lo que si es cierto es que constó por escrito y fue pactado, tanto así que, cuando el contrato se envío junto con el poder, si se hubiera objetado lo que contenía el contrato, pues no se hubiera firmado el poder ni se hubiera otorgado, eso no es sino una evidencia más de una aceptación sino es expresa es tácita. De otra manera, quisiera mencionar que este contrato entonces lo que viene a reiterar entonces es la existencia del mismo, la existencia de que, la existencia de un acuerdo entre las partes y la*

existencia de unos honorarios pactados, con la virtualidad que teniendo en cuenta la manera como se terminaron los servicios legales, en la cláusula final terminación del contrato, este contrato terminará por finalización de la gestión encomendada o por mutuo acuerdo entre las partes, o por revocatoria de poder, evento en el cual serán exigidos al contratista los honorarios aun no causados pero pactados en relación con el porcentaje acordados y las pretensiones de la demanda, por el hecho de encomendar la gestión encargada, por ello, si en gracia de discusión no se aceptara la existencia de este contrato, pues igual como muy bien lo atinó el despacho, daría lugar, sin embargo y en gracia de discusión quisiera mencionar que la litis no versaba sobre la tutela y la otra gestión, toda esta historia se contó fue para demostrar toda las gestiones y labores que desempeñó el suscrito a favor, tanto de la demandante que, quiero reiterar, al principio y cuando se llevó a cabo la relación que nos vinculó, no era una sociedad de capital, en ese momento era una sociedad de personas, una sociedad que era limitada en su momento y que en ese momento cuando se comprometió tenía comprometido su capital y sus nombres, no el patrimonio, como ahora se pretende hacer valer con la transformación que sufrió la sociedad al haberse cambiado a una s.a.s., efectivamente la sociedad en este momento es una s.a.s., ***pero evidentemente cuando se comprometió y se obligó con el suscrito era una sociedad limitada, hay que mencionar también que una de las formas de la aceptación de los documentos es o que es tácita o que es expresa, nótese que cuando se recibe el poder por parte de metalarcos y los dos socios, ellos no manifiestan, eso debería entenderse entonces que hubo una aceptación por lo menos no expresa, si bien es cierto fue tácita, entonces habiendo acreditado la existencia del contrato, habiendo acreditado la relación que hubo entre las partes, y que estamos frente a una sociedad que en su momento era de personas y es la que estaría llamada a responder en este momento,*** *porque cualquier otro vinculo que se diera con posterioridad cuando fue transformada una s.a.s, evidentemente las obligaciones cambiarían, lo cierto es que cuando se suscribió con el demandante era una sociedad limitada, y así su patrimonio debería estar hasta que se finalizara ese contrato, sin embargo, y de manera lamentable, dentro del fallo se deja por fuera una de las principales actuaciones y que realmente hubiera podido cambiar completamente la ecuación de los honorarios fijados por el despacho y que se reconoce que en la jurisprudencia dice que deberán pagarse así sea con base en las tarifas de conalbos. Nótese que a folio 154 está el acta de conciliación celebrada en Bogotá a los 20 días de septiembre de 2016, en donde fue citada las citantes ecotecnologías y el citado es Guillermo Efraín Meza, quien actuó por intermedio de apoderado judicial, dígase John Jairo Flores Plata, quien además de haberlo acompañado a esta diligencia de audiencia de conciliación desplegó todo su conocimiento jurídico para poder llegar al feliz término que se mencionó, era una reclamación del orden de $177.000.000. Reclamación que de ese orden, fue absuelto metalarcos, es decir, ese era el monto de las pretensiones que pretendía y gestión que no fue cancelada, a diferencia de la tutela, la tutela es una historia aparte, reconozco, acepto y confieso que esa suma fue pagada en su totalidad, pero desconozco porque no fue así, nunca se pagó la gestión de la audiencia de conciliación, esta audiencia de conciliación a folio 154, 155, 156 y 157, refleja que el hoy*

demandante sirvió de apoderado y además de eso en ese momento se absuelve y los convocantes al contrario quedan esta adeudando una suma de dinero a los demandados, eso que quiere decir, que en gracia de discusión, gracias a esa esa asesoría, ese servicio que se prestó, que debería haberse entonces, por lo menos haber reconocido y a eso llamo la atención de los honorables magistrados, para que si bien es cierto, si se llega en el remoto caso a no admitir la existencia del contrato, pues con base en estos mismos pronunciamientos de la honorable corte suprema, se le de el reconocimiento a esta gestión, y teniendo en cuenta la cuantía de $277.000.000, se condene a las demandadas por cuenta de la asesoría, toda vez que se encuentra acreditada, no solamente la intervención, sino que además de eso nunca fue objetado que no fue asesorada la compañía de los representados por estas. Nótese, su señoría, que mi principal reparo también tiene que ver entonces es con la responsabilidad solidaria, y es que aquí lo diremos es porque las sociedades limitadas que es cuando se contrató al demandante, pues era una limitada, y en ese orden de ideas se puede verificar con una cámara de comercio que fue aportada en la época de los hechos donde se ve que los únicos socios eran los hoy demandados, quienes a gracia de discusión gracias a la gestión de acudir simplemente a la audiencia podría decir alguien, pero no detrás de eso, hay toda una asesoría, hay varias reuniones, hay la revisión de documentos, se obtuvo que la convocante desistiera de sus pretensiones que oscilaban los 177.000.000, renunciara a ellos, y por el contrario reconociera que le debía a los hoy demandados una suma de dinero, gestión entonces que habiéndose hecho en favor de una sociedad limitada y de los socios que hubieran salido condenados y por los que se hubieran perseguido el pago de la reclamación que pretendía, pues salieron ahora beneficiados y de acuerdo con la estipulación expresa sobre el beneficiario final de la obra, tenemos entonces que estos son llamados a responder de manera solidaria por cuenta del beneficio que obtienen por cuenta de la exoneración del pago de los $177.000.000, dicho lo anterior entonces, su señoría, de manera respetuosa le solicito a los honorables magistrados del tribunal superior, se sirva revocar la sentencia, de manera principal, reconocer la existencia del contrato, reconocer el acuerdo, reconocer los honorarios pactados y de manera subsiguiente, reconocer la gestión hecha dentro del proceso que le inicio ecotecnologías por la reclamación en donde fue necesario y en vista que no hay prueba, en vista que no hay prueba para el despacho porque y evidentemente para el suscrito también es claro que el contrato solo versa sobre la factura y no podría yo decir aquí una mentira, entonces lo que yo digo es que se acuda a las mismas reglas y con base en la cuantía que pretendía y por el que si se beneficiaron porque está demostrado en el acta cuales fueron los acuerdos con los cuales se beneficiaron los demandados, se fijen los honorarios con la sapiencia que el tribunal así lo ordene de acuerdo con las tarifas de la honorable conalbos, y de esa manera poder establecer, pero no quedarse solamente ahí, porque seguramente si no hay ni siquiera interés por parte de la sociedad demandada en figurar en el proceso a quien fue citada, no solamente de manera formal, sino además de manera por correo electrónico, mostrando total desinterés en el proceso, ya que una de las demandadas y socia se apareció en el proceso y lo que manifestó es por favor nómbreme un abogado de oficio, solicito el amparo de pobreza y además de eso mostrando totalmente el desinterés por

llegar a un acuerdo, porque ni siquiera la audiencia de conciliación y teniendo en cuenta que ***para la época de los hechos en que se suscribe el contrato y se obligan las partes era una sociedad de personas, por esa razón, condenarlas de manera solidaria*** *estas, puesto que está más que demostraron que no existe ningún interés y precisamente, seguramente como está demostrado aquí, una de las razones del porque se hace el cambio de una sociedad de personas a una sociedad de capital, seguramente es para desconocer abiertamente las obligaciones con el suscrito, porque seguramente alguien se lo sugirió, entonces con todo respeto, su señoría, y honorables magistrados, lo que yo les solicito, es que se tenga en cuenta para la fecha en que se suscribe el contrato y se desarrollan todas las actuaciones se trataba de una sociedad de personas y no de capital, en esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, su señoría."*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S esta Sala resolverá los puntos de apelación que básicamente son dos i) por confesión y dada la comparecencia de una de las demandadas debió tenerse por acreditado el contrato de prestación de servicios y ii) debe existir condena solidaria en contra de los demandados como personas naturales porque para la época de suscripción del contrato la sociedad demandada era Ltda; que se resolverán en conjunto.

En primer lugar, es evidente para la Sala y ni siquiera lo discute el recurrente, **que nunca se suscribió un contrato de prestación de servicios en donde se pactaran expresamente honorarios y labores a ejecutar.**

Argumenta entonces el recurrente que existen contratos verbales, entre otros el de trabajo y ahora en el recurso se itera, acude a esta modalidad, la cual dice quedó probada por confesión; en virtud de lo establecido en el artículo 372, numeral 4 del CGP. Frente a este argumento la Sala hará las siguientes precisiones.

Lo primero a precisar es que artículo 372 del CGP, numeral 4, no se aplica en el tramite de los procesos laborales, porque existe norma en el C P del T y de la S S, que regula lo relativo a las audiencias y esta no es otra que la

contemplada en el artículo 77 del C P del T y de la S S. Conviene de paso también recordar que es el artículo 2, numeral sexto, de este mismo ordenamiento el que le asigna a la jurisdicción del trabajo la competencia, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social, para definir los conflictos jurídicos que se originen en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado cualquiera que sea la relación que los motive; **proceso que desde luego tal y como ordena el artículo primero de este C P del T y de la S S, se tramitan conforme a sus normas.** Solo en el evento de no existir dentro de ellas consagración alguna y de acuerdo con lo señalado en el art 145, podrá acudirse a la aplicación analógica, o aplicando normas análogas del mismo código o las del CGP.

Entonces, como ya se dijo y queda claro, las normas sobre audiencia a las que quiere el recurrente acudir, no son las del CGP, sino la del artículo 77 del C P del T y de la S S, que en últimas señala una consecuencia similar cuando las partes no acuden a la audiencia de conciliación, esto en el numeral 2 en donde se indica que si se trata del demandado, **se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.**

No obstante, en este caso no es posible tener probado por confesión los hechos de la demanda susceptibles de esta prueba, por las siguientes razones: i) la demandada como persona jurídica y uno de los demandados solidariamente por ser socio de la empresa, se encuentran representados por curador ad litem, dado que así lo dispone el artículo 29 de C P del T y de la S S; siendo definido de vieja data, que cuando ello es así no, es posible la confesión ficta, ni cuando no se asiste a interrogatorio de parte, ni cuando la inasistencia es audiencia de conciliación, entre otras la sentencia SL16110-2015 Radicación N º 43377 de cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015) M P GUSTAVO HERNANDO LOPEZ ALGARRA, que aunque referida a interrogatorio de parte aplica para inasistencia a conciliación al ser la misma prueba esto es confesión. ii) En cuanto a la demandada que en efecto compareció manifestando y solicitando amparo de pobreza y a la que se le

nombró abogado, en la forma que se hace para el caso de curadores, tampoco es posible declarar confesión porque también ha definido la jurisprudencia en varias sentencias, los requisitos para que opere esto es que el Juez " *Deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es valida una alusión general e imprecisa…."* (Sentencia SL2298 Rad 76605 de mayo 19 de 2021 MP GERARDO BOTERO ZULUAGA); lo que no sucedió en la audiencia, pues por el contrario la Juez advirtió que no se declaraba probado hecho alguno, audiencia a la que asistió la parte actora (fl 313), sin que hubiese manifestado inconformidad al respecto. iii) Aun aceptando que esta demandada confesó, lo expresado en los hechos de la demanda era la existencia de un contrato escrito de prestación de servicios, en donde se pactaron labores y honorarios y no de un contrato verbal como ahora se pretende en el recurso iv) En el remotísimo caso de aceptar la existencia de ese contrato verbal, como señaló la Juez ninguna prueba hay sobre la labor y las cifras que generaran lo pretendido, siendo entonces la condena de primera instancia la única posible pues la labor que se encontró acreditada fue la que se ordenó remunera v) Finalmente en cuanto a que en la contestación de la demandad no se negó la existencia del contrato, vale recordar que al contestarla el curador manifestó desconocer los hechos y aún si aceptásemos que eso es una contestación indebida, a lo único que daría lugar es a tenerla como indicio grave, todo esto en gracia de discusión porque en el momento procesal oportuno ninguna manifestación se hizo al respecto.

En ese orden este argumento no tiene la fuerza de quebrar la sentencia apelada.

En cuanto a la solidaridad, basta con decir que ningún sustento normativo existe para la misma, porque evidentemente la sociedad demanda es METALCOR SAS, sociedad que no admite la figura como señaló la Juez, responsabilidad exclusiva para las sociedades Limitadas en efecto; y si bien es cierto, en 2008 esta empresa lo era en 2017 se transformó a sociedad simplificada por acciones (fls 33 y siguientes); antes de ser presentada esta

acción, de manera que aplicar normas anteriores por la existencia de vínculos anteriores, no es ni posible ni tiene sustento normativo alguno.

En consecuencia y por lo expuesto se CONFIRMA la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E SU E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 03-2019-144-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARLENY DEL SOCORRO GIRALDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Porvenir, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora MARLENY DEL SOCORRO GIRALDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación que realizara al RAIS a través de Porvenir, ordenándole a esta que debe efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación y a Colpensiones a recibir dicho traslado y aceptarla como vinculada en el régimen que administra, solicita e condene a Porvenir a efectuar el pago a su favor de la sanción de que trata el liberal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. (fls. 7 y 8).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ha prestado sus servicios para varias entidades privadas desde el 22 de febrero de 1985 a la actualidad, data desde la cual estuvo vinculada para los riesgos de vejez , invalidez y muerte al RPM, indica que los asesores de Porvenir S.A., el 5 de agosto de 1999, la afiliaron a dicho fondo sin su consentimiento ya que no diligenció formulario de afiliación alguno, que dicha afiliación se realizó de manera inapropiada ya que no medió su voluntad para el efecto, nunca aceptó de manera libre perder los beneficios del RPM, no le informó a la sociedad para la que trabajada que la decisión de pertenecer al RAIS como lo prevé el artículo 128 de la Ley 100 de 1993, señala que nunca presentó ante la AFP en mención solicitud para trasladarse a ella y su permanencia en ese régimen lesiona ostensiblemente su derecho al debido proceso y es un acto que transgredió su consentimiento y trae como consecuencia la sanción prevista en el inciso 1 del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Refiere que el 31 de julio de 2015, presentó solicitud de desvinculación ante Porvenir y esta a través de oficio del 24 de agosto del mismo año le señaló que había suspendido los trámites de su vinculación por la falsificación de su firma en el formulario de afiliación, que el 6 de agosto de 2015, Porvenir emite estudio grafológico, en el cual se concluye que la firma impuesta en su presunto formulario de afiliación a esa AFP, no corresponde a la suya, que el 28 de junio del mismo año solicitó ante Colpensiones la afiliación a dicho régimen, pidiendo a Porvenir el traslado a esa entidad del detalle de aportes y el 27 de abril de 2016 esta AFP le indica que los valores serán trasladados una vez se valide la vigencia de su afiliación, que Colpensiones guardó silencio ante su solicitud de vinculación a ese fondo y a la solicitud mediante la cual peticionó copia de su historia laboral, manifestando hasta el 15 de agosto de 2018 que no era procedente aceptar su afiliación y que debía iniciar las gestiones pertinentes para establecer la veracidad del formulario de afiliación suscrito ante Porvenir. (fls. 4 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 9, 27, 32, 36 a 38 y 40, negó los No. 28, 33, 35 y 39 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos. (fl. 55).

Por su parte, Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 5 a 40, negó los No. 3 y 4 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 117).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

1. *Declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante Marleny del Socorro Giraldo gallo del RPM, administrado por el entonces ISS, al RAIS, administrado por Porvenir s.a., realizado según se puede ver el 5 de agosto de 1999, pero con efectividad a partir del 1 de octubre del mismo año, con base en el análisis grafológico realizado por la misma demandada Porvenir s.a., para entender vinculada a la demandante válidamente en el RPM con prestación definida administrado por Colpensiones, hoy en día, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.*
2. *Condenar a Porvenir Pensiones y cesantías s.a. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de esa afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias con los gastos de administración y demás pagos de primas, es decir, sin descuento alguno y todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, una vez realizada la liquidación respectiva, podrá descontar los valores que le hubiese girado directamente a Colpensiones.*
3. *Ordenar a Colpensiones que acepte el traslado de esos dineros provenientes de Porvenir s.a. para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiera trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo, actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.*
4. *Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.*
5. *Absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.*

6. *Condenar en costas, junto con las agencias en derecho a la parte demandada Porvenir, las cuales se tasan en la suma de $1.200.000.*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de reparo que la firma consignada como de la demandante en formulario de afiliación presuntamente suscrito ante Porvenir, no correspondía a la de ella, pues así fue aceptado por esta última demandada, para lo cual aportó el estudio grafológico que reveló que dicha rúbrica en efecto, no correspondía a la demandante, que se solicitaba en el líbelo la declaratoria de nulidad de la afiliación y conforme a ello había girado el debate probatorio, razón por la cual, en dicho sentido se emitiría la sentencia.

Que en el expediente obraban las documentales que daban cuenta del rechazo de las diferentes peticiones de la demandante para la anulación de su traslado y a folio 113 y 114 Colpensiones le había señalado que pese a que Porvenir había realizado el trámite tendiente a anular el traslado de régimen, debía allegar para tenerla nuevamente como afiliada junto con estudio grafológico, decisión emitida por la Fiscalía de declaración de falsedad, que igualmente Porvenir le certificó que se había afiliado a esta el 1 de octubre de 1999 y se retiró en la misma fecha, que se recepcionó interrogatorio de parte a la demandante del cual se pudo deducir de acuerdo al estudio grafológico realizado por la misma demandada Porvenir que la firma plasmada en el formulario de afiliación, no correspondía a la de ella.

Conforme lo anterior indicó que en esta clase de negocios jurídicos, se requería para su validez cierta solemnidad, empezando por los artículos 15, 28 y siguientes del CC, según las cuales se requerían como requisitos de validez la voluntad y el consentimiento, los que se exteriozaban mediante la firma del formulario, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, señalaba claramente como requisito para pertenecer a un régimen pensional, la suscripción del formulario y el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de igual forma señalaba como requisito para trasladarse de régimen por primera vez del RPM al RAIS, comunicación escrita en la que constara que la selección del régimen se había realizado de manera libre y espontánea, que dicha solemnidad era

imprescindible y como no existía suscripción por parte de la demandante, carecía de validez cualquier intento de traslado que se hubiera realizado para la época, por lo que al no haberse manifestado la voluntad y el consentimiento por parte de la demandante, se generaba la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que surgía directamente de la ley y las cosas volvían al statu quo, como si la demandante nunca se hubiese afiliado al RAIS, lo que conllevaba a que no se había producido ningún efecto jurídico, resultando lógico que Porvenir debía devolver los dineros que recibió de la demandante por concepto de aportes obligatorios, sin efectuar ningún descuento por concepto de gastos de administración ni prima, devolviendo el dinero completo con todos los rendimientos que produjo.

De igual manera, se ordenaría a Copensiones recibir dichos dineros y activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese trasladado al RAIS, debiendo actualizar su historia laboral y en cuanto a la sanción peticionada en escrito de demanda, no resultaba procedente ya que lo consagrado en la preceptiva legal en la que se fundaba tal pretensión, eran multas que debían ser impuestas por los organismos de control, no saliendo avante la excepción de prescripción ya que el traslado de régimen pensional, era propio de una prestación de carácter imprescriptible como lo era la pensión.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso:

Si bien es cierto en el expediente obra un dictamen grafológico que determinó que la firma no era de la afiliada, lo cual no podría probarse el consentimiento para suscribir el formulario, hay que tener en cuenta lo siguiente: en primer lugar, ella no inició las acciones legales pertinentes, por lo tanto ese procedimiento o acto jurídico quedaría subsanado con el tiempo porque ella sí admitió en el interrogatorio de parte haber recibido comunicaciones por parte de mi representada y que las tiene guardada en una carpeta, como lo mencionó, que reflejan los aportes que tuvo la administración de esos dineros durante el tiempo que estuvo vinculada con nosotros. Sin embargo, si hoy se revisan los aplicativos de multifondos, SIAFP y todos los demás se reflejan y nosotros contamos con los soportes debidos, se refleja que ya se anuló atendiendo esa respuesta de ese dictamen, se anuló la afiliación de ella a Porvenir, se trasladaron los dineros a Colpensiones, por lo tanto, no entiendo, no sé qué suma tendríamos que trasladar hoy en día porque se retrotrajo el acto jurídico que ella había realizado, anulándolo, volviéndolo inválido, ya no hay afiliación de ella, ya no hay suma que trasladar y nosotros ya lo hicimos y el SIAFP que yo aporté que había sido solicitado de manera oficiosa por el juzgado lo acredita. Ahí aparece que la afiliación fue eliminada, entonces luego no hay lugar a trasladar ninguna suma, no sé

qué otra suma tendríamos que descontar si nosotros ya tenemos nada en la cuenta de Porvenir y ese dinero lo tiene Colpensiones. Si solicitaría que mas bien se revise la operación que se hizo a Colpensiones y por que no admite haber recibido esa suma, como lo manifestó el apoderado de Colpensiones porque en ningún momento lo admitió.

El acto simplemente nosotros no nos opusimos a las pretensiones porque efectivamente había un dictamen y hay una respuesta, la señora tiene razón en afirmar que esa no era su firma y por lo tanto Porvenir actuó en consecuencia de eso, tratando de solucionar y de subsanar un acto del cual no tenemos por qué responder porque desconocemos como procedió la persona que en ese momento el afiliado, pero en este sentido no habría lugar a descontar ninguna suma, ni a trasladar y mucho menos a condenar en costas porque nosotros lo hicimos de buena fe, lo hicimos antes de que se dictara la sentencia y en ningún momento nos manifestamos en contra de lo pretendido.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARLENY DEL SOCORRO, se circunscribe a la declaratoria de **nulidad** de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el año de 1999 a través de Porvenir, aduciendo que no le habían brindado el deber de información y tampoco suscribió formulario de afiliación alguno ante esta AFP.

En cuanto al formulario de afiliación en comento, si bien no se allegó, durante el trámite procesal se demostró que la afiliación de la demandante a Porvenir S.A., empezó a surtir efectos a partir del 1 de octubre de 1999, como se verifica de certificación expedida por la AFP en mención visible a folio 121 del plenario, en la que se evidencia que dicha data fue la de afiliación y también corresponde a la de retiro de dicho régimen; aunado a ello, no fue objeto de reparo y quedó suficientemente demostrado en la instancia que dicho formulario de vinculación con el que se pretendió hacer valer la afiliación de la demandante al RAIS, no fue suscrito por esta, circunstancia que se determinó con estudio grafológico que aceptara esta demandada haber realizado ante la manifestación de la demandante de nunca haberlo suscrito.

Conforme lo señalado en precedencia es claro en el presente asunto que si bien se alegó una falta al deber de información por parte de la AFP Porvenir,

resultaría inocuo abordar el estudio de dicha obligación, como quiera que como se señaló en precedencia, quedó demostrado que la señora Marleny ni siquiera suscribió formulario de afiliación alguno que permita concluir que en principio consintió dicho acto de traslado, consentimiento que como lo indica el artículo 1502 del Código Civil, constituye requisito ineludible para la celebración de cualquier acto jurídico.

Es así como al haber adolecido tal afiliación de la voluntad y consentimiento de quien presuntamente se obligó, esto es la demandante, el mismo resulta afectado de **nulidad,** en los términos del artículo 1741 del Código Civil, figura que como lo indica el artículo 1746 del mismo estatuto, tiene como efecto el regreso al mismo estado en que se hallaban las cosas antes de efectuarse dicho acto, como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL2946 de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

> **En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*).** Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «*cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás*» (CSJ SC3201-2018). (Negrilla fuera del texto original)

De tal manera al haberse comprobado con suficiencia que dicho acto de afiliación es nulo, por cuanto en él no medió el consentimiento de la demandante, le corresponde a Porvenir, efectuar el traslado de aportes en los términos señalados en sentencia recurrida, aspecto sobre el cual si bien en su recurso esta AFP señala que ya efectuó el mismo, por cuanto al haber concluido que el formulario de afiliación no había sido firmado por la

demandante procedió a realizar dicho traslado, lo cierto es que no allegó al plenario prueba de la operación mediante la cual realizó dicho traslado de aportes junto con rendimientos y gastos de administración, ya que en la relación de aportes visible a folio 122, aportada por esta demandada si bien se señala que los aportes efectuados por la demandante a esa administradora entre el año de 1999 al 2015, fueron trasladados a Colpensiones, no obra se itera, copia de la operación mediante la cual se realizó dicho traslado de aportes a órdenes de Colpensiones ni la fecha de la misma, razón por la cual, tal orden no será objeto de modificación ya que si en realidad realizó el traslado de fondos a Colpensiones, deberá hacer valer tal circunstancia ante esta última administradora.

Ahora bien, no resulta de recibo el argumento de Colpensiones esbozado en sus alegaciones según el cual para aceptar el traslado de la demandante, debe mediar decisión de declaratoria de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación, ya que no se discutió en el trámite procesal que la firma vertida en el formulario de afiliación de la demandante, no corresponde a la de ella, sin que sea dable imponerle cargas adicionales que no le exige la Ley para demostrar que el acto de afiliación adoleció de su consentimiento, cuando tal circunstancia fue plenamente aceptada por la demandada Porvenir, entidad ante la cual presuntamente había suscrito dicho formulario.

Ni menos se puede entender saneada tal vinculación como indica la recurrente por el hecho de la permanencia de la demandante en el RAIS, ya que desde su nacimiento tal acto de afiliación, **no produjo efectos,** en tanto no medió la voluntad de la demandante para ello.

Igualmente, en cuanto al argumento Colpensiones en sus alegaciones, según el cual, el regreso de la demandante al RPM, implica la descapitalización del mismo, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en

descapitalización alguna, aunado a lo cual, la demandante no debe asumir las consecuencias de un traslado de régimen pensional, que se itera, no consintió.

Por lo señalado en precedencia, se **modificará** el numeral PRIMERO de la sentencia recurrida en el sentido de indicar que el acto de traslado allí descrito, adolece únicamente de NULIDAD.

De igual manera, se considera que hay lugar a DECLARAR que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en el traslado de régimen pensional sin el lleno de los requisitos que promovió Porvenir S.A., aspecto en el que se adicionará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que el acto de traslado allí descrito, adolece de NULIDAD; conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en el traslado de régimen pensional sin el lleno de los requisitos que promovió Porvenir S.A.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18-2018-0331-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ROSEBELT CAICEDO VANEGAS

DEMANDADOS: QUERUBIN BENITEZ BALLEN

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por el apoderado del demandado.

ANTECEDENTES

El señor Rosebelt Caicedo Vanegas por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que entre el demandante y el señor Querubín Benítez Ballen existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el día 1 de octubre de 2016 y el 22 de septiembre de 2017, desempeñando el cargo de conductor del vehículo WFW094, devengando la suma mensual por concepto de salario $800.000, en el horario de 7 de la mañana a 4 de la tarde de lunes a viernes; que prestó las labores de manera ininterrumpida al servicio del demandado y refiere que subsidiariamente a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB; solicita que, además de declarar el derecho se condene a la parte demandada al pago de auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, primas de servicios, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, e indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, prestó sus servicios a favor del señor Querubín Benítez por medio de un contrato de trabajo entre el día 1 de octubre de 2016 al 22 de septiembre de 2017, de manera ininterrumpida y subordinada; que fue contratado por el demandado para que prestara sus servicios a favor de la ETB en el horario de lunes a viernes entre las 7 de la mañana a 4 de la tarde como conductor, sin que se le haya reconocido prestaciones sociales; que dentro de sus funciones estaba la de desplazarse a la Central San Carlos en el vehículo de placas WFW094 de propiedad del

demandado, recoger a los coordinadores de la ETB y transportarlos hasta los puntos que le indicaran; que recibía ordenes del señor Benítez y de la ETB, que cumplía horario de trabajo y estaba subordinado a éstas; que como salario percibía la suma de $800.000, el cual era reconocido de manera quincenal, consignado en la cuenta bancaria o pagado en efectivo; que el día 22 de septiembre de 2017 fue despedido sin que fuera enterado de motivos alguno, sin justa causa, y que no le fue reconocido auxilio de transporte, dotaciones, advierte que es pensionado, que no le pagaron los demás conceptos de prestaciones sociales, ni la indemnización por despido sin justa causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó el 7 referido a las instrucciones que los coordinadores de la ETB impartían al demandante, manifestó no constarle el 16 y negó los demás. Como excepciones previas formuló la de falta de legitimación en la causa por pasiva, incapacidad o indebida representación del demandante, inepta demanda por falta de requisitos y falta de integración del litisconsorcio necesario, las cuales se declararon no probadas. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado y mala fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y el demandado, el señor Querubín Benítez, desde el 1 de octubre de 2016 hasta el 22 de septiembre de 2017.

CONDENÓ al demandado al reconocimiento y pago del actor, por los siguientes conceptos y sumas:

- Auxilio de transporte: $959.189
- Cesantías: $780.000
- Intereses a las cesantías: $56.490
- Vacaciones: $390.000
- Primas de servicios: $780.000
- Sanción por no consignación de cesantías: $5.786.522
- Desde la terminación del contrato y hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales, la suma diaria de $26.666,67.

ABSOLVIÓ de las demás pretensiones.

CONDENÓ en costas a la parte demandada, fijando como agencias en derecho la suma de $1.200.000.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

> "Que el problema jurídico a resolver se centra en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, contrato realidad a término indefinido entre el 1 de octubre de 2016 al 22 de septiembre de 2017, si el mismo se terminó sin justa causa, si hay lugar al pago de auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, primas, sanción por no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, moratoria e indexación; que sobre la existencia del contrato de trabajo y la duración del mismo, que el actor refiere que fue contratado de manera verbal, que conforme los artículos 22 a 24 del CST, en el presente caso conforme el interrogatorio de parte rendido por el demandado quien manifestó que contrató al actor para que prestara los servicios como conductor de su camioneta, dentro de un contrato que a su vez tenía con la ETB, que el actor debía realizar el transporte personal de materiales incluso de personas, de la sociedad Colvatel S.A., así como del personal de la ETB, que confesó que el vehículo de placas wfw094 le pertenece, que inicialmente hacia conducía el vehículo pero que por su edad no puedo volver a realizar esas labores, por lo que necesitaba un conductor, y que por ello contrató al demandante, señala que hubo un contrato de participación por utilidades, es decir, que el demandante ponía su fuerza de trabajo mientras que el demandado ponía su vehículo para que entre los dos se

repartieran las ganancias; que el interrogatorio del demandante es coincidente con lo afirmado por el demandado, en cuanto a la prestación del servicio, el cargo, que fue conductor de la camioneta, y que durante el tiempo que estuvo al servicio del demandado, recibió como contraprestación un salario sin que recibiera ningún otro concepto, que a la finalización del contrato de trabajo el demandado le informo que no iba a continuar más con esa labor; a folios 15 a 17 obran formatos de extracto de contrato de servicio público de transporte terrestre automotor celebrado entre las empresas del valle s.a y la sociedad Colvatel S.A. ESP, para el transporte de personal y materiales, de la que se observa que en principio obraba como conductor el demandado del mismo vehículo ya referido, y que posteriormente se registró al demandante; de folio 18 a 50 planillas de control de ruta generadas por el consorcio nueva alianza 2014 en la cual se registra los recorridos realizados por el vehículo y se registra como conductor al demandante; que el demandado manifestó que contrató al actor a través del contrato de participación de utilidades, que fue según su dicho fue verbal, que el monto del salario fue de $800.000, que el demandante estaba afiliado a una ARL, que este recibía ordenes por parte del coordinador de la ETB y que su horario de trabajo era de 7 de la mañana a 4 de la tarde, frente a la finalización del contrato de trabajo el demandado confesó que el demandante tenía cáncer y que por tal condición no podía seguir trabajando, que debería irse al huila y que esa manifestación fue realizada el 22 de septiembre de 2017 de manera verbal y que no le pago ningún tipo de prestación social al demandante, ya que en su sentir no existía contrato de trabajo sino un convenio de participación de utilidades.

Por lo anterior, el despacho evidencia que, como prueba testimonial la del señor Pedro Peña quien indica no constarle nada respecto de la relación de trabajo, declaración que no es relevante; considera el despacho que se configura el elemento de la prestación personal de servicio, por la confesión del demandado en la contratación del actor como conductor a pesar que el demandado manifestó que hubo un contrato de participación de utilidades y en esta diligencia no se evidencia lo anterior; que conforme la presunción del artículo 24 del CST y favorecerá a la parte demandante de dicha presunción, que la prestación personal del servicio está regida por un contrato de trabajo y corresponde entonces derruir a la parte demandada dicha presunción, y es en este punto donde la parte pasiva no genera ningún tipo de prueba tendiente a derruir dicha presunción, pues a pesar que en el interrogatorio de parte el demandado manifiesta que hubo un contrato de participación de utilidades lo cierto es que dicho contrato no aparece dentro del plenario por lo que no se evidencia la existencia de un contrato diferente a uno laboral, ahora, que el demandado al momento de declarar confiesa que el demandante fue su conductor, lo que no permite derruir la presunción, pues la función de conductor esta sometida a una subordinación, como es el caso de su horario de trabajo como también lo confesó el demandado; que el tercero de los elementos, esto es, la contraprestación o remuneración pues tanto la parte demandante y demandada son coincidentes en afirmar que el salario pactado era de $800.000 pesos mensuales; ante la falta de pruebas procede a declarar probado el contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de octubre de 2016 al 22 de septiembre de 2017 y se tendrá como salario la suma de $800.000, que teniendo en cuenta que se configura el contrato de trabajo pasa al estudio de las demás pretensiones. Auxilio de transporte. Que desde la Ley 15 de 1959 la cual permanece vigente, el cual es para los trabajadores dependientes que devenguen hasta 2 smlmv y se paga por mensualidades anticipadas, no tiene efectos para liquidar aportes a la seguridad social, que los 800 mil pesos fijados como salario es inferior a los dos smlmv aunado a que el demandante, no residía en su sitio de trabajo, que tiene derecho a la prestación por toda la relación de trabajo. Cesantías. Conforme el artículo 249 del CST,

que la parte demandada también confesó no haber pagado concepto alguno de cesantías. Que el demandante tiene derecho a esta prestación. Intereses a las cesantías. Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a la que también se condenará. Vacaciones, primas de servicios, a los que se condenará a la parte demandada, prestaciones que no se encontró que hubiesen sido pagados al actor; indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías, que debe demostrarse la mala fe del demandado, sentencia SL11436 de 2016, que en este trámite la parte demandada confesó no haber pagado al término de la relación laboral ningún tipo de prestación social a la parte demandante, señaló que el actor suscribió acuerdo de participación utilidades, no obstante como ya se señaló no existe prueba que así se corrobore, que no existe causal que justifique la morosidad, que la actitud del empleador es de mala fe y por ende condenará a la misma por concepto de indemnización moratoria, la cual se pagara desde el 22 de septiembre de 2017 y hasta por dos años, y que a partir del 22 de septiembre de 2019 solamente los intereses moratorios conforme el artículo 65 del CST. De la indemnización por no consignación de cesantías, que el contrato de trabajo inició el 1 de octubre de 2016 hasta el 22 de septiembre de 2017, que la sanción se genera porque la parte demandante no fue afiliada a un fondo de cesantías, tal como lo ordena el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aunado que el actuar del demandado estuvo revestido de mala fe, y que por lo tanto hay lugar al reconocimiento de la indemnización desde el día 15 de febrero de 2017 y hasta el 22 de septiembre de 2017; sobre la indemnización por despido sin justa causa, que la parte demandante debe demostrar el hecho del despido, correspondiendo a la parte demandada probar los motivos que en su momento le comunicó al trabajador para finalizar el vínculo contractual, dentro del presente caso el demandante manifestó que el contrato terminó en la fecha señalada antes, que la parte actora no aporta ningún tipo de documento para probar lo señalado por él mismo, que en el interrogatorio de parte se señala que decidió no continuar con la prestación de los servicios por causas de salud en espacial por lo acaecido por un familiar cercano a él, en este punto señala el demandado que el demandante se fue dejando de prestar el servicio, decidió no continuar más con la prestación del servicio, por lo que no existe plena certeza respecto de la causal o motivo que dio origen a la terminación del contrato de trabajo, que si bien es cierto las partes coinciden en la fecha, la parte actora señala que fue despedido sin justa causa pero en el interrogatorio de parte señala que obedeció a una causa de enfermedad de un familiar cercano y el demandado manifestó que fue el demandante quien decidió no prestar más el servicio, que ante la falta de prueba del hecho del despido se absolverá de esta pretensión; sobre las excepciones no están llamadas a prosperar teniendo en cuenta que las mismas ya fueron atendidas al evacuar la controversia, declarando no probadas las mismas. Costas a favor de la parte actora, agencias en derecho la suma de $1.200.000.

APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

"Me permito interponer recurso de apelación para indicar que, si bien es cierto se cita el artículo 24 del cual parte la presunción del contrato de trabajo, debo hacer mención a los siguientes aspectos: que es claro para la demandada que la subordinación

durante toda la litis se enmarcó en que las órdenes que recibía el actor eran directamente emanadas de la ETB sin que sea aceptado que el demandado emitiera orden alguna, que los formatos únicos de transporte se observa que el actor los diligenciaba y los entregaba a la ETB; segundo, que el salario no se puede concebir como un salario, que lo dicho por la parte actora dice que recibía un salario mínimo para los años 2016 y 2017, salario que estaba en 689.455 para el 2016 y para el 2017 y de 737.717 para el 2017, lo que se aleja de la realidad, y que al hacer mención al contrato de cuentas de participación que era por 1.600.000, el despacho podía observar que el actor recibía la mitad de lo que se devengaba de dicho valor; que se considera inadecuado, lo que constituye un defecto fáctico como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005, la interpretación que se da del acervo probatorio al indicar que el actor ha realizado una confesión, por lo que ruego al Tribunal que haga una escucha minuciosa de los interrogatorios practicados por su despacho de donde en ningún momento mi defendido hace alguna de las confesiones manifestadas por el juzgado…artículo 24 la prestación del servicio debe ser intuito persona…tienen que ser…el actor, lo cual como se logró evidenciar de los interrogatorios de parte no fue del todo así, ya que el demandante tenía que ausentarse en algunos momentos lo cual generaba para los asociados del contrato de cuentas de participación como se observó en los interrogatorios de parte que tuviese que contratar a otra persona y el valor para cancelar el día de prestación del servicio de esa persona lo asumían en partes iguales tanto demandante y demandado, de ahí que la prestación del servicio era intuito persona se aleja de toda realidad; que se hable de un salario, que como lo relatan los hechos se dice de un salario mínimo y este para esa época no estaba en eso, y vuelvo a hacer hincapié, la subordinación era emitida directamente por la ETB. Que en la contestación de la demanda se indicó que debía hacerse un litisconsorcio necesario, vincular a la ETB y de esa forma el juzgado encausando la demanda, dando una interpretación al escrito presentado por la parte actora, indica que eso fue un error de digitación, que las pretensiones iban dirigidas únicamente para la parte pasiva, lo cual es improcedente e inadecuado, ya que a lo largo de toda la relación jurídico procesal se hizo mención de la ETB como si fuese otro sujeto que debía vincularse; que en cuanto a las pruebas hay contradicción del juzgado en el relato manifestado por el demandante quien hace incurrir al despacho en un error diciendo que a él se le hizo un proceso de selección, presentando una hoja de vida; que existe contradicción en el interrogatorio de parte del señor demandante porque pretende hacer incurrir en error al despacho al indicar en la demanda que se alleguen unas pruebas que pretende configurar como la hoja de vida, y los documentos que de manera mal intencionada indica que mi prohijado le solicitó para hacer un proceso de selección, que se logra demostrar en el interrogatorio realizado a cada una de las partes que jamás existieron dichos documentos, que es notoria la contradicción de la parte actora en los hechos de la demanda, por lo que reitera el error fáctico en el que incurre el despacho y adicionalmente la violación de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Sala e Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que para que se configure dicha relación se tiene que esbozar a cada uno de los enunciados que su despacho señaló los cuales no se logran configurar desde el punto de vista que acabo de establecer; que la sentencia desconoce los artículos del código de comercio 507 y subsiguientes…que las partes hagan un acuerdo de voluntades para desarrollar explotar determinada actividad económica, lo que en este sentido se da, que de los interrogatorios de parte se logra decantar dicha situación, solicito al Tribunal que revise cada uno de los interrogatorios para que determine que no existe tal confesión, que la sentencia carece de tales yerros, esboza que el actor tenía cáncer y eso no es así su señoría, la que tenía cáncer era la esposa y es por eso

que él tiene que desvincular del contrato de cuentas de participación que tenía y dejando así la relación preexistente entre el actor y el demandado, en tal sentido solicito se revoque todas y cada una de las pretensiones que fueron acogidas por el despacho a excepción de la que habla del despido sin justa causa, lo que no se logra corroborar como lo dice acertadamente el juzgado, y en estos términos dejo sentada la sustentación del recurso.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, el señor Querubín Benítez Ballen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que obedecen en síntesis a: que el actor siempre recibió órdenes del personal de la ETB y que esta entidad no fue convocada al proceso; solicita se revisen los interrogatorios de parte rendidos por las partes, ya que insiste en que el demandado en momento alguno realizó que refirió el juzgado frente a la existencia de la relación laboral; que debe tenerse en cuenta la legislación comercial al existir un contrato de cuentas de participación entre las partes y quien padece una enfermedad es la esposa del actor y no él.

En primer lugar, frente a lo manifestado por el recurrente en el sentido que era el personal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá quien daba órdenes al actor, desde ya puede concluirse que dentro del acervo probatorio en su conjunto incluidos los interrogatorios de parte y el testimonio del señor Pedro Ignacio Peña Leguizamón; ahora, y en gracia de discusión, de las planillas que se observan a folios 18 a 50 no se logra colegir circunstancias de tiempo, modo o lugar en que funcionarios de ETB hayan impartido órdenes al actor, y este haya estado subordinado de igual manera.

Diferente es que con tales documentos se logre establecer la prestación del servicio a favor de la ETB por parte del demandante, lo cual no significa que éste en su calidad de conductor no tuviese autonomía e independencia como responsable del vehículo, y que las actividades cotidianas al servicio de la empresa no se dieran en el marco de un contrato comercial entre ésta última y el dueño del vehículo, que en últimas es aquí demandado.

En este punto, interesa aclarar sobre la integración a las diligencias de la ETB por estar incluido en el recurso; nótese que en la oportunidad procesal correspondiente el juzgado declaró no probada la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario, que si se atienden las razones escritas en la contestación de la demanda relacionadas con ese medio exceptivo, se insiste en la vinculación de la ETB, sin embargo, no se observa que ante el fracaso de la misma en fracción de audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. se haya interpuesto el recurso correspondiente, por lo que esta no es la oportunidad para elevar esta inconformidad.

Resuelto lo anterior, y en atención al recurso en el sentido de revisar los interrogatorios de las partes, al reproducir los mismos se encontró que por parte del demandado este refirió que: frente al presunto contrato de cuentas de participación indicó que el habló con el demandante de un convenio en el que él iba a trabajar en la camioneta y que se repartían de acuerdo al convenio y que él aceptó las condiciones, que quien daba las órdenes era la ETB; al preguntársele sobre el contrato de participación respondió que lo pactó verbalmente con el actor, en las condiciones antes mencionadas, que la cantidad recibida por el actor ascendía a $800.000 y el excedente para él que se hacía cargo del mantenimiento del vehículo, combustible y mantenimiento; que es cierto que ese contrato inicio desde el 1 de octubre

de 2016, aceptó que dicho contrato también terminó el 22 de septiembre de 2017, que el vehículo referido en la demanda es de su propiedad, que la ETB era la entidad que le organizaba el horario al actor y los recorridos; que la ETB no le pagaba al dueño el uso del vehículo sino el consorcio, que son ellos los que le cobran a la ETB y le pagan a los propietarios de los vehículos; que le consignaba al demandante siempre la suma de $800.000; que no afilió al demandante al sistema de seguridad social porque él tenía, que únicamente se pagaba ARL porque así lo exigía consorcio reunidos para que pudiera conducir la camioneta, que el actor siempre fue el conductor de la camioneta; que dentro del contrato de cuentas de participación él era el aportante del vehículo; que conoció al dte en la ETB, que se lo recomendaron y que luego hizo un convenio de participación; frente a la causa de por qué terminó el contrato de cuentas de participación, fue porque el demandante le comentó que la esposa tenía cáncer, que en una ocasión dejó el trabajo por esa razón por cuatro días, que el actor fue el que le dijo que no trabajaba más por la enfermedad de un familiar, lo que sucedió el 22 de septiembre de 2017, verbal; que afilió al demandante a la ARL bajo la figura de colaborador de la camioneta; que a la finalización del contrato no le pago ninguna prestación al considerar que no tenían ningún vínculo laboral, que no le quedó debiendo nada por el mencionado contrato.

Por su parte, el demandante al ser interrogado manifestó: que transportaba a funcionarios de la empresa ETB, a donde el jefe de la sección indicará, niega haber suscrito un acuerdo con el demandado, que cuando habló por teléfono con éste dijo que le pagaría lo de ley, que entiende que el contrato que pactó es laboral que inició el 1 de octubre de 2016 y terminó el 22 de septiembre de 2017, que devengaba una suma de $800.000 durante todo el vínculo; que se presentaba ante un tal señor Benítez que era quien le decía

a donde dirigirse; que debía firmar hora de llegada y hora de salida, que trabajaba de lunes a viernes y a veces sábados y festivos; que las ordenes no se las impartía el señor Querubín pero si tenía que ir a manejarle el vehículo y presentársele todos los días; que diligenciaba planillas de control de ruta para que le cancelaran al señor Querubín mes a mes; que las planillas las diligenciaban el conductor y los encargados de la cuadrilla que transportaba, Carlos Angarita o el que estuviera; que las planillas eran revisadas por el demandado, que el trabajo del demandante era entregárseles firmadas y luego este lo enviaba a la empresa; que no recibía ningún elemento de protección para realizar el trabajo de conductor; que le había dicho al demandado que cuando no requiriera más los servicios le indicara con tiempo por unos gastos extras que tenía la esposa en ese momento, y que el día 22 de septiembre el dueño le dijo que el lo iba a empezar a manejar y que hasta ese día laboraba; que todo era verbal; que ese día el demandado le dijo que no había plata, que después lo llamó y le dijo que si quería seguir laborando y que el actor le dijo que si pero con un millón de pesos, tenía que conseguir un nuevo conductor para la camioneta; y que no aceptó porque no le pagaba lo que le había dicho de ley; que en el momento de terminación no había nadie más; que las funciones a cumplir respecto del demandado era que todos los días ir por la camioneta, desplazarse hasta la ETB; que no sabe cuánto le pagaba la ETB al demandado; que en algún momento tuvo una calamidad familiar y que le tocó hablar con el jefe de la sección si aceptaba un reemplazo que el demandado autorizó al demandado, pero que esos días se los descontó, que el demandado en una ocasión le manifestó que le pagaban 80 mil diarios; que nunca fue objeto de llamado de atención por parte del demandado o de los empleados de la ETB; que usaba un carnet como conductor del vehículo y poder ingresar a la estación de san Carlos, el cual se lo suministraba

alianza; que le tocaba almorzar en la camioneta; que en una ocasión le toco pagarle un daño a la camioneta.

Teniendo en cuenta las anteriores declaraciones de las partes, es necesario hacer varias precisiones en consonancia con los puntos objeto del recurso, que si bien en la parte motiva de la sentencia se dijo que quien padecía cáncer era el demandante, y que conforme lo antes referido resulta que era la esposa del actor, lo cierto es que ello resulta irrelevante, como también el referido proceso de selección que en momento alguno las partes nombraron, puesto que simplemente lo que se conoció fue que las partes se conocieron por una recomendación que alguien le hizo al señor Querubín respecto del señor Caicedo, en las instalaciones de la demandada.

Por otro lado, conforme las declaraciones recaudadas, es claro que el demandado aceptó haber pactado de manera verbal un contrato que denominó cuentas de participación, que le pagaba mensualmente al actor la suma de $800.000, por su labor como conductor, frente a lo cual surge la duda, si ese convenio era como el demandado relató en el sentido que los ingresos generados por la camioneta eran repartidos entre ambos, en donde el convocado aportaba el vehículo y el promotor su actividad como conductor, lo cierto es que este último siempre devengó la suma antes referida, puesto que si era de participación brilla por su ausencia la proporción en la mentada participación, además que no se acreditó cuanto recibía el dueño del vehículo por los servicios prestados a la empresa beneficiaria.

Lo anterior, resulta fundamental al momento de concluir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante prestaba sus servicios,

puesto que, aparte de quedar suficientemente comprobado que era él que aportaba su fuerza de trabajo, también quedó claro no tenía decisión en las presuntas cuentas que resultaban de los ingresos generados por el vehículo, pues se reitera, tan solo le correspondía la suma de $800.000 que era fija y siempre fue la misma.

Con todo, independientemente si el personal de la empresa beneficiaria del servicio dirigía o no la labor del conductor, lo cierto es que eso hizo parte de la ejecución del contrato que el dueño del vehículo tenía con la empresa contratante, no obstante, respecto del demandado si se logra demostrar la prestación personal del servicio a favor de este por parte del actor, ya que por ejemplo, debía presentarle las planillas debidamente diligenciadas, llevar y retirar el vehículo al convocado, lo cual se erige como un indicio de la falta de autonomía e independencia del actor.

Por consiguiente, al quedar probada la prestación del servicio a favor del demandado por parte del interesado, operó la presunción de que trata el artículo 24 del CST, y, por tanto, le correspondía al demandado desvirtuar la subordinación en el sentido de comprobar que el actor realizó las labores de conductor de manera autónoma e independiente, lo que en efecto no sucedió.

Por último, el hecho que el a quo no haya analizado la aplicación de la legislación comercial en el presente asunto por el solo hecho que se mencionó un presunto contrato denominado cuentas de participación, no resta validez a la decisión por éste proferida, puesto que ni siquiera por parte del demandado se dio muestras de los términos en los que se pactó el

mismo, ya que incluso el accionado aceptó que este había sido verbal, y por otro lado, el demandante negó tal acuerdo.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 04-2017-0253-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: ERNESTO CHACON ZAMORA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ACTIVOS S.A. Y COLTEMPORA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 2 de julio de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y ACTIVOS S.A., presentaron escrito de

alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

El señor Ernesto Chacón Zamora por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la demandada Colpensiones entre el 13 de septiembre de 2013 al 19 de marzo de 2015; que la relación laboral fue terminada de manera unilateral y sin justa causa por parte de las demandadas, y que las empresas de servicios temporales convocadas ACTIVOS S.A. y COLTEMPORA S.A., actuaron como simples intermediarios conforme el artículo 35 del C.S.T.

Como consecuencia de lo anterior, solicita la condena a cargo de las demandadas por los conceptos de la indemnización por despido sin justa causa, el pago de las diferencias salariales al señalar para tales efectos a los trabajadores oficiales – profesional senior 3- de Colpensiones, y respecto de lo devengado por el actor como trabajador en misión (profesional II), el pago de las prestaciones sociales conforme el salario devengado por el personal de planta de Colpensiones; al pago de la bonificación por año de servicios, bonificación de recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías y recargos nocturnos, diferencias en el valor de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión, indexación de las sumas adeudadas, perjuicios morales y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, entre Colpensiones y Activos S.A. y Coltempora S.A., se suscribieron varios contrato de suministro de personal en misión, a fin de dar cumplimiento a la orden impartida a Colpensiones por parte de la Corte Constitucional, en cuanto a la adopción de medidas para cumplir con las metas propuestas al 31 de diciembre de igual año; que en el proceso de incorporación presentó entrevistas ante integrantes de la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones; que fue vinculado como trabajador en misión por medio de contratos de trabajo en la modalidad de obra o labor contratada a través de las empresas de servicios temporales referidas, para desempeñar el cargo de Profesional II, del que refiere que su equivalente corresponde al de Profesional Senior Código 310 Grado 3; que desde el día 13 de septiembre prestó sus servicios por medio de la empresa Activos S.A., y que desde el 26 de junio de 2014 a través de Coltempora S.A., sin solución de continuidad; que las funciones asignadas eran sustanciación de actos administrativos; que el día 19 de marzo de 2015 fue comunicado al actor la finalización de sus labores con ocasión a que la obra o labor había terminado, labores que señala aun se ejecutan en la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, área de la que afirma esta compuesta por 98 trabajadores oficiales; que Colpensiones para el año 2015 informó a la Corte Constitucional que para el mes de octubre de esa anualidad se encontraban vinculados más de 1066 trabajadores en misión en la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones y Gerencia de Reconocimiento de la entidad, quedando pendiente por proveer 84 cargos; que las labores asignadas al actor son propias de la misión permanente de Colpensiones; que se encubrió una verdadera relación laboral con Colpensiones por medio de empresas de servicios temporales; que entre los años 2013 y 2015 un

Profesional Senior 3 de Colpensiones devengaba salarios superiores a los que el demandante percibió; y que en el año 2014 el Contralor Delegado pera el Sector Social advirtió ante una irregular vinculación laboral de trabajadores en misión en Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 4 a 6, 8 a 10, 13, 16, 17, 20, 21, 23 a 25, no constarle los enlistados en los numerales el 18 y 22, y no aceptó los demás, relacionados con la vinculación laboral del actor con la entidad. Como excepción previa formuló la que denominó "falta de legitimación en la causa por pasiva", y de mérito: inexistencia del derecho y de la obligación y/o falta de legitimación en la causa por pasiva; del cumplimiento de las ordenes de la Corte Constitucional y prevalencia del interés general sobre el particular; de las diferencias salariales; prescripción y buena fe-principio legalidad.

Activos S.A. contestó la demanda sin aceptar las pretensiones de la demanda; en cuanto los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 11 a 15, 21 y 24, negó los enlistados 10, 18, 20, 22, 37 y 39 y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, pago, compensación e inexistencia de la obligación.

Por su parte, Coltempora S.A., contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó parcialmente los enlistados en los numerales 16, 20, 21, 22, 25, 28, negó los enlistados en los numerales 18, 29, 34, 35, y no constarle los demás. Como excepciones de

mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas; inexistencia de despido, terminación del contrato de trabajo conforme a los presupuestos objetivos y legales señalados en el artículo 61 del CST; cobro de lo no debido y falta de causa para pedir; buena fe; mala fe, temeridad y deslealtad procesal; prescripción de derechos y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

> "El juzgado profiere la siguiente sentencia, que el problema jurídico consiste en establecer la existencia de un contrato de trabajo, entre el demandante y Colpensiones, y como consecuencia de ello determinar si hay lugar al pago de las condenas solicitadas en la demanda y si el contrato fue terminado sin justa causa; así mismo, determinar si las empresas de servicios temporales actuaron como simples intermediarios, y si hay lugar a que se declare responsables solidarios.
> Que el despacho en este caso se aparta del criterio que había venido sosteniendo en casos similares en atención a lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá el 25 de septiembre de 2019 dentro del proceso conocido por ese juzgado con radicado 2017 239 de Luz Mery Castellanos contra Colpensiones y Activos S.A., donde el Superior revocó la decisión de primera instancia y absolver a las demandadas de las peticiones.
> Es así que a partir de este proceso señala que, Colpensiones suscribió contratos comerciales con las empresas temporales demandadas, para el suministro temporal de trabajadores, a efectos de reemplazar personal en vacaciones, licencias o para atender incrementos en la "prestación personal del servicio", cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, en desarrollo del negocio de la contratante; que el actor fue contratado por las empresas de servicios temporales demandadas para desempeñarse como trabajador en misión al interior de Colpensiones, en el cargo de profesional II, por medios de los contratos de obra o labor del 13 de septiembre de 2013 al 20 de enero de 2014 con Activos S.A. folios 20 y 147 y contrato a folio 139, y con Coltempora del 21 de enero de 2014 al 25 de junio de igual año, folios 21 y 174, y contrato folio 167; y con esta última, del 26 de junio de 2014 al 10 de diciembre de ese año folios 350 a 353 y 22 y 360; y del 11 de diciembre de 2014 al 19 de marzo de 2015; la ley 50 de 1990 reglamentada por el decreto 4369 de 2006 consagra la figura de servicios temporales, limitándose su contratación a 6 meses prorrogables por otro

tiempo igual por medio de contratos de trabajo; que el artículo 6 de igual norma señala que una vez transcurrido 1 año y si la causa del contrato subsiste en la empresa usuaria, no se podrá prorrogar el contrato de servicios temporales ni celebrar uno nuevo con la misma u otra empresa; que en la sentencia SL467 del 2019 rad. 71281 la Corte ha dicho que las EST no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria, o sustituir personal permanente, sino para cumplir con actividades excepciones y temporales previstas en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 que pueden ser o no del giro habitual de sus negocios; que el representante legal rindió informe juramentado por medio del cual manifestó que por medio Auto 110 de 2013 la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucionales y ordenó a Colpensiones adoptar las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura, fueran suficientes para cumplir con el plan de acción y corregir el atraso estructural del régimen de prima media; que en atención a esas obligaciones se contrató con EST; que el representante legal de Activos señaló que la contratación del demandante obedeció al incremento en la parte administrativa que había tenido Colpensiones, que ésta no esta reconociendo las prestaciones a su cargo a tiempo, que se estaban presentando bastantes fallos de tutela e incidentes de desacato a raíz del constante incumplimiento; y que la Corte Constitucional ordenó poner al día los reconocimientos y que por eso envió personal a Colpensiones siendo Activos el que pagó los salarios y prestaciones al demandante; que el actor manifestó no tener inconformidad alguna frente al pago de prestaciones sociales ya que Activos le había cancelado todo; que de los interrogatorios y del informe juramentado por Colpensiones, y al revisar los contratos celebrados entre las empresas temporales se evidencia que la contratación del demandante se efectuó con el fin que Colpensiones pudiera atender los incrementos en la prestación del servicio y su objeto fue sustanciar las solicitudes de prestaciones económicas represadas, lo anterior conforme los contratos de suministro y Auto 110 320 de 2013 y del 259 de 2014 de la Corte Constitucional en los cuales se ordena a Colpensiones tomar medidas de manera eficiente incluyendo un plan de acción para corregir atraso estructural del régimen de prima media, realizar gestiones y adecuar capacidad operativa y la planta de personal de Colpensiones para superar fallas detectadas y garantizar los derechos de los afiliados; que en este caso existen 4 contratos que no superan el límite temporal, que el actor prestó sus servicios a Colpensiones a fin que la entidad superar el estado de cosas inconstitucionales; que no es como lo señala el demandante en el hecho 10 de la demanda que Colpensiones haya venido implementando actos de intermediación, que lo que ha hecho es dar cumplimiento a lo dicho por la Corte Constitucional contratando de manera temporal personal para apoyar los incrementos temporales, por lo que no se declarará la relación de trabajo ni las solicitudes de las condenas por prestaciones sociales; que respecto a la nivelación salarial, que no basta desempeñar el mismo cargo, el mismo tiempo de prestación de la labor, sino que la productividad o eficiencia resulten similares, por lo que el juzgado absolverá de esa pretensión, ya que el trabajador únicamente hizo la afirmación que tenia derecho a la nivelación salarial, pero no probó respecto de otro trabajador que desempeñara el mismo cargo, con iguales o similares funciones, en cantidad, calidad y eficiencia. Sin costas.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

En primer lugar, en el presente caso el demandante pretende se declare un contrato de trabajo con la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones entre el día 13 de septiembre de 2013 hasta el 19 de marzo de 2015, y que el mismo fue terminado de manera unilateral por la entidad de seguridad social sin justa causa.

Es así que, como resultado de la pretensión principal solicita se condene a la entidad al pago a su favor de la correspondiente indemnización por despido sin justa causa, las diferencias salariales entre lo devengado por los trabajadores oficiales y que para el caso señala al cargo de Profesional Senior 3 de la planta de persona de Colpensiones, y lo devengado por el actor como trabajador en misión en el cargo de Profesional III, junto con el pago de las prestaciones como si se tratara de un trabajador de la demandada.

Sea lo primero advertir que, conforme el Acuerdo 106 de 2017 mediante el cual se modifican los estatutos internos de Colpensiones, en su artículo 20, del capítulo IV del régimen de personal, se expresa lo siguiente:

> *"El presidente, el jefe de la Oficina de Control Interno y el empleo del nivel Directivo que sea responsable de las funciones de cobro, tienen la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción. Los demás servidores públicos serán trabajadores oficiales y se vincularán a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones mediante contrato de trabajo a término indefinido o conforme se establezca en el Reglamento Interno de Trabajo.*

Así mismo, sobre el régimen salarial, en el inciso segundo del artículo 22 de igual preceptiva interna de la entidad, señalo lo siguiente:

> *"En materia salarial los trabajadores oficiales de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se regirán por lo establecido mediante Acuerdo de la Junta Directiva de la Entidad, lo previsto en el contrato individual de trabajo y en los contratos colectivos que se suscriban con la Empresa; sin perjuicio de las prestaciones sociales mínimas a que tienen derecho esta categoría de servidores públicos y que se encuentran señaladas en el Decreto 1045 de 1978, y en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan."*

Conforme lo anterior, para para que las pretensiones del actor pudiesen salir avante, era necesario que se acreditara que éste prestó sus servicios a Colpensiones en calidad de trabajador oficial.

Así las cosas, debe recordarse que, el artículo 3 del C.S.T., señala que dicha normatividad regula relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares, a su vez que, el artículo siguiente *ibídem,* oportunamente pone de presente que, las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y servidores del Estado no se rigen por la norma sustantiva laboral, sino por otros estatutos especiales, que para el caso de los empleados públicos su vinculación está regida por la ley y los reglamentos, mientras que para el caso, de los trabajadores oficiales, que, aunque al servicio del estado, por estar regidos por medio de un contrato de trabajo y por ser competente el juez laboral ordinario para conocer de las controversias que surjan del mismo, no por ello, quiere decir que, precisamente sean destinatarios del Código Sustantivo Laboral, pues no lo es, y en tal sentido debe acudirse a la legislación propia y especial para esa clase trabajadores,

como es, entre otras normas, la Ley 6 de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de igual año, el Decreto 3135 de 1968, incluso pasando por los Decretos 1838 de 1969, y 1222 y 1333 de 1986, y que para el caso, conforme el Acuerdo 106 de 2017 de Colpensiones, su remisión normativa corresponde al Decreto 1045 de 1978.

Por lo anterior, desde ya la Sala debe expresar que, la decisión de instancia además de ser acertada es específica en indicar las razones por las cuales las pretensiones del demandante, aunque son las que le dan competencia al juez, de todas maneras, no pueden salir avante conforme los supuestos facticos en los que se fundamentan, empezando por la prestación misma del servicio por parte del actor, el cual se soporta en actividades de sustanciación de actos administrativos, circunstancias que en principio permitirían considerar al promotor como un trabajador oficial según la norma interna de Colpensiones ya referenciada, pues dicho sea de paso, a la prestación personal del servicio del actor y a favor de Colpensiones no se opuso la demandada, y en su lugar, lo que no acepta la entidad es que se pretenda una relación directa de trabajo, cuando el trabajador fue enviado en misión y de manera temporal, en virtud de los diferentes contrato comerciales en tal sentido con las empresas de servicios convocadas como demandadas posteriormente al trámite.

Lo último, permite ahora ahondar en la explicación de la imposibilidad de declarar un contrato de trabajo entre el actor y Colpensiones, dado que lo que quedó demostrado en el proceso, obedeció a su relación con la entidad como trabajador en misión para actividades ocasionales, o como se ha dicho por las demandadas, para atender los incrementos en la prestación del

servicio, tal como quedó plasmado en los contratos de suministro referenciados.

Adicionalmente, no puede perderse de vista las decisiones proferidas por la Corte Constitucional mediante Autos 110 y 320 del año 2013 y 259 de 2014, mediante los cuales esa Corporación ordenó tomar medidas urgentes a Colpensiones para superar la congestión administrativa y el estado inconstitucional de cosas evidenciado por la que atravesaba en ese momento la entidad, que le obligó a diseñar un plan de acción dirigido a corregir lo que se denominó el atraso estructural al interior del Régimen de Prima Media, y mejorar su capacidad operacional, gestiones entre las que estuvo ampliar el número de colaboradores de manera temporal.

Es así que, en el caso del demandante se advierten contratos de prestación de servicios y de suministro de personal suscritos entre Colpensiones y las empresas de servicios temporales Activos S.A. (fls.236 a 258), y Coltempora S.A. (fls.312 a 353); y a su vez, el promotor fue contratado por las empresas referidas para desempeñarse como trabajador en misión al interior de Colpensiones, en el cargo de profesional II, por medios de los contratos de obra o labor del 13 de septiembre de 2013 al 20 de enero de 2014 con Activos S.A. y con Coltempora S.A. del 21 de enero de 2014 al 25 de junio de igual año, y un nuevo contrato con esta última del 26 de junio de 2014 al 10 de diciembre de 2014 y del 11 de diciembre de 2014 al 19 de marzo de 2015.

Debe indicarse que, el Decreto 4369 de 2006 que reglamentó los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, normas que regulan el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales, preceptiva bajo la cual no se observa una contratación irregular del actor, en tanto que, la contratación se limita a 6 meses, periodo que puede ser prorrogable por otro tiempo igual, que si al

cabo de estos periodos, es decir, al año, si la causa del contrato de trabajo subsiste con la empresa usuaria, esta última deberá contratar al trabajador directamente, puesto que la labor realizada por el enviado en misión perdería la condición de excepcional o temporal conforme lo prevé el artículo 77 de la ley 50 de 1990.

En este caso, conforme las fechas referidas en ninguno de los vínculos contractuales se superó el límite temporal de establecido en la norma para contratar personal temporal o en misión, además, dicho sea de paso, a la entidad no le estaba prohibido realizar ese tipo de contratación, por lo que consecuencialmente tampoco es posible inferir actos de intermediación laboral.

Con todo, no es posible declarar una relación de trabajo entre el actor y la demandada Colpensiones, por ende, tampoco es posible acceder a las pretensiones de orden prestacional en la forma solicitada, al acreditarse que el actor no prestó sus servicios como trabajador oficial, sino en misión por medio de un contrato de trabajo suscrito con las empresas de servicios temporales convocadas, vínculos laborales que no estuvieron en discusión.

Por último, sobre la nivelación salarial tampoco es posible despachar favorablemente las pretensiones en tal sentido, comoquiera que, por un lado, el mismo actor afirma que fue vinculado para el cargo de Profesional III, pero a su vez, pretende el pago de las diferencias salariales respecto de otro cargo como es el de Profesional Senior 3, en donde no logra probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar entre estos, la productividad o eficiencia, y en todo caso, subsiste orfandad probatoria en el desempeño del cargo respecto de otro trabajador con el que se intenta nivelar en el mismo

cargo, sus funciones y aspectos de cantidad, calidad y eficiencia, tal como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

Por todo lo antes considerado, no hay elementos de juicio que permitan modificar o revocar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2018-0102-01
ASUNTO: CONSULTA
DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE MURILLO GONZÁLEZ
DEMANDADO: ANDRÉS LEGUÍSAMO MELO

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

El señor Luis Enrique Murillo González por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con el señor Andrés Leguisamo a término indefinido entre el 18 de enero de 2013 y el 11 de noviembre de 2017; que como salario percibía la suma diaria de $20.000 y que no le pagó prestaciones sociales tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, como tampoco vacaciones, auxilio de transporte, aportes al Sistema de Seguridad Social y que se declare la relación laboral terminó sin justa causa, y que tiene derecho a la indemnización del artículo 65 del CST. Solicita que lo percibido por concepto de salarios sea reliquidado conforme el smlmv para cada anualidad, a la indemnización por despido sin justa causa, moratoria y por la no consignación de cesantías, y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, entre el día 18 de enero de 2013 y el 11 de noviembre de 2017 prestó servicios al demandado como dependiente judicial ejerciendo funciones de mensajería, en el horario que iba desde las 7 y 30 de la mañana y hasta las 7 de la noche, que en ocasiones en era más extensa; que el abogado demandado le impartía ordenes por medio de correo electrónico, mensajes de whats up y llamadas telefónicas a cualquier hora; que además de la función de mensajería, también debía pagar servicios públicos y otros recibos, llevar la hija del demandado a la universidad, y programar citas médicas de la señora Yolanda Murillo, compra de medicamentos, entre otras que no menciona; que recibía diario la suma de

$20.000, suma inferior al smlmv, sin que recibiera pago alguno por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, y que fue despedido sin justa causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos no aceptó ninguno de los formulados. Como excepción previa formuló la de prescripción, y de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y mala fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ al demando de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y CONDENÓ al demandante por concepto de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de $800.000.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

"Que el problema jurídico consiste en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 18 de enero de 2013 y el 11 de noviembre de 2017, que conforme los artículos 22 a 24 del CST, que en este proceso más allá de verificar si existió subordinación o no, lo que tenemos que verificar es si está demostrada la actividad personal del trabajador en beneficio del empleador para que se pueda presumir que la actividad fue subordinada, e invertir la carga de la prueba al demandado; que si bien la parte actora imprimió correo electrónicos y de pantallazos de whats up, ninguno de esos documentos se le puede dar valor probatorio ya que la ley 527 de 1999 establece cuales son los requisitos para que se pueda dar valor probatorio a los mensajes de datos, los que tienen que aportarse original, que el artículo 8 de esa ley, que cuando se requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original el requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si existe garantía confiable que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva como mensaje de datos o en alguna otra forma, que de requerirse que la información sea presentada, dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar, lo dispuesto en esta artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación o como si la norma simplemente prevé consecuencias y en caso que la información no sea presentada o conservada en su forma original; que el artículo 9 señala que para efectos del artículo anterior se considerará que la

información consignada en un mensaje de datos es integra si ésta ha permanecido completa e inalterada salvo la adición de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación, el grado de confiabilidad será requerido a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso; que para que se le pueda dar valor probatorio a los mensajes de datos según la norma, se debe tener certeza del equipo desde el cual se generaron esos mensajes de datos para efectos que podamos en efecto verificar que efectivamente fueron enviados por el demandado y que cuando se imprime esos pantallazos o esos correos electrónicos en realidad no se tiene certeza de su origen, que ni los pantallazos de whats up ni los correos electrónicos ofrecen probatorio dentro de este proceso; que entonces se cuenta solo con las pruebas testimoniales, que tampoco ofrecen valor probatorio para efectos de demostrar la actividad personal del trabajador en beneficio del demandado, que son testigos de oídas, que el señor Rodolfo Herrera manifestó que conoce al demandado porque tiene su negocio y el demandado le ha llevado algunos procesos relacionados con su negocio y porque el demandante le realizaba algún tipo de diligencias, que una vez se lo encontró en el centro en un juzgado y él le dijo que le estaba haciendo una diligencia al demandado; que el señor Luis Melo manifestó que eventualmente se encontraba con el demandado o el demandante en diligencias en una notaria o se daba cuenta que éstos de encontraban, sin que pudiese verificar si el demandante estaba realizando alguna diligencia en el transcurso del día, por lo que no ofrece valor probatorio respecto de la actividad personal alegada; que Martha Roa manifestó que le dijeron que el demandante era dependiente judicial del demandado y que una vez lo vio recibiéndole unos documentos al demandado, sin que le conste más; que las afiliaciones no son pruebas de una actividad personal del demandante en beneficio del demandado; que no está demostrada la actividad personal del actor en beneficio del demandado y como no está demostrado ese elemento esencial, y que es en este en el que se sustenta la existencia de un contrato de trabajo, se concluye que entre las partes no existió un contrato de trabajo entre las partes, y como de la existencia del contrato se sustentan la totalidad de las pretensiones el despacho debe negar las mismas, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, condena en costas al demandante en la suma de $800.000 como agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

El demandante pretende la declaración de un contrato de trabajo a término indefinido con el señor Luis Enrique Murillo para el periodo comprendido entre el 18 de enero de 2013 y el 11 de noviembre de 2017, desempeñando el cargo de dependiente judicial y con un salario diario de $20.000; como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de prestaciones sociales tales

como: cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones a las que considera tiene derecho, junto con las indemnizaciones por mora como es la que trata el artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1999.

En primer lugar, debe determinarse la existencia del contrato de trabajo, y para ello, el artículo 22 del CST define a aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

Por su parte el artículo 23 del CST enumera los elementos esenciales para que haya contrato de trabajo, y que se sintetizan en tres aspectos a saber: a) la actividad personal del trabajador o prestación personal del servicio, b) la continua subordinación del trabajador respecto del empleador, y c) un salario como retribución del servicio.

En lo que tiene que ver con el primero de los elementos, esto es, la prestación personal del servicio resulta fundamental su acreditación en concordancia con lo establecido en el artículo 24 del CST, comoquiera que, lo anterior permite presumir que el vínculo contractual estuvo precedido de subordinación, y, por ende, por un contrato de trabajo.

En el presente caso, el actor intenta demostrar que desempeñaba al servicio del abogado demandado las labores de dependiente judicial, que le impartía ordenes de manera presencial, como también por medio de correo electrónico, llamadas telefónicas y mensajes de whats app; que dentro de sus funciones estaban las de realizar diligencias de mensajería y de carácter familiar, pago

de servicios públicos, y que su salario siempre correspondió a $20.000, suma que resulta inferior al smlmv.

Como pruebas allegó a folio 20 autorización del abogado al demandante para revisar procesos ante los jueces municipales, civiles y ante el Tribunal de esta ciudad; a folio 22 autorización para revisar un proceso especifico ante el Juzgado 1 de Familia de Descongestión de Bogotá, y de folio 23 a 137 copia de correos electrónicos y conversaciones de whats app entre las partes.

Por otra parte al proceso concurrieron en calidad de testigos los señores Rodolfo Herrera, Luis Melo y Martha Roa, quienes de sus dichos no se desprende que el demandante haya fungido como trabajador del accionado, puesto que tales declaraciones no van más allá de referir hechos puntuales, en fechas específicas y no permanentes, además que ninguno manifestó haber presenciado que el convocado dirigiera órdenes al promotor, es decir, de estos no se puede inferir la prestación del servicio a favor del demandado y menos bajo una subordinación jurídica.

Ahora bien, de la prueba documental referida a las comunicaciones de correos electrónicos y conversaciones de whats app, teniendo en cuenta las consideraciones de la parte motiva de la sentencia de instancia, y en atención a los planteamientos jurídicos de la apoderada del actor al interior del escrito de alegatos allegados a esta Corporación, debe precisarse al respecto, conforme la Ley 527 de 1999 lo siguiente:

- El artículo 8 de esa disposición normativa trata sobre la necesidad de conservar la información (correo electrónico) en su forma original, con la salvedad que, siempre y cuando constituya una obligación en una

norma, y se prevean consecuencias en caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.

- El artículo 9 dispone que se considera que la información consignada en un mensaje de datos es integra, si ha permanecido completa e inalterada y su grado de confiabilidad será determinado conforme los fines para los que se generó la información y todas las circunstancias relevantes del caso.
- El artículo 10 refiere a que los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba, y tienen la fuerza probatoria de la legislación procesal civil.

En este punto es importante citar textualmente el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 527 de 1999:

> *"En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original."*

Luego, no le asiste razón a la juez de instancia al considerar que las pruebas documentales contentivas de los mensajes de datos en la forma de correos electrónicos y conversaciones de whats app, no tenían mérito o valor probatorio y que por ello se sustrajo de su análisis, cuando es la misma norma la que facilita que dicha información sea tenida en cuenta, y que la reproducción o presentación en su forma original solo se predica en casos que así se requiera.

Aunado a lo anterior, el artículo 11 de la Ley 527 de 1999 reza sobre el criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos, al señalar que, se tendrán

en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas, lo que en materia del procedimiento laboral es posible abordar desde el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., sobre la libre formación del convencimiento, en donde el juez no estará atado a la tarifa legal de pruebas.

En consonancia con el planteamiento anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL464-2020 del 12 de febrero de 2020 radicación 66622, expresó sobre el particular que, el documento electrónico no se configura como un mensaje de datos propiamente dicho, sino de una copia de su contenido y, por ende, de un documento ordinario de papel que el legislador, para su valoración, sujeta a las reglas de los documentos. Agregó que, para que un correo electrónico pueda ser valorado como prueba calificada debe existir certeza sobre su autenticidad, procedencia, contenido y destinatario, esto es, que la parte contra quien se opuso lo haya aceptado al no objetarlo ni desconocerlo.

En el presente caso frente a la prueba de mensajes de datos y conversaciones de whats app el demandado en respuesta al hecho 5 de la demanda, nótese que este no lo objeta ni desconoce su validez, contrario a ello los reconoce en el sentido de negar que la información intercambiada con el actor se tratara de órdenes que erigieran una relación de trabajo, pero en momento alguno los desconoce por su autenticidad, procedencia, contenido y destinatario, por tanto, si procedía el análisis de dicha prueba en sede de instancia.

Dicho lo anterior, al analizar por el Tribunal la conducencia y pertinencia de las prueba documental contentiva de correos electrónicos y conversaciones de whats app en procura de determinar si realmente el actor prestó sus servicios

de manera persona y subordinada a favor del demandado, lo que se encuentra al interior de tales comunicaciones es que en efecto, se trataba de eventos esporádicos de los que se desconoce el contexto en el que se dio el intercambio de información, y que de todas maneras, en su conjunto no se desprende el cumplimiento de órdenes al demandante, ya que dicho sea de paso para realizar una gestión en favor de alguien, es necesario un mínimo de instrucciones, puesto que, como más se facilita el entendimiento para tales fines.

Con todo, en el presente caso no logra acreditarse por el demandante la prestación personal del servicio a favor del demandado, que permita presumir la existencia del contrato de trabajo, por lo que, el accionado queda relevado de la carga probatoria de acreditar que las gestiones realizadas por el promotor lo fueron con autonomía e independencia.

En consecuencia, al depender las demás pretensiones de la declaración de la relación de trabajo, que no salió avante, necesariamente debe confirmarse la decisión objeto de consulta.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado