

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NELCY IDALID AGUILERA REINA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería a la abogada Leidy Carolina Fuentes Suarez quien se identifica con C.C. No 1.049.614.551 y la T.P. No. 246.554 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Nelcy Idalid Aguilera Reina, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a retornar a Colpensiones todos los valores recibidos, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos causados; debiendo Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD sin solución de continuidad. Asimismo, se condene al pago de costas procesales, y a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: estuvo afiliada al ISS desde el 12 de septiembre de 1987 hasta el 31 de abril de 1994, donde acumuló un total de 392 semanas; en abril de 1994 fue visitada en su lugar de trabajo por asesores de la AFP Porvenir SA, quienes le aseguraron que el ISS se acabaría, que perdería las cotizaciones, y que en el RAIS obtendría mayores rendimientos y podría pensionarse en el momento que quisiera; no fue informada sobre el derecho de retracto; como consecuencia de lo manifestado, se trasladó hacia el RAIS; el 8 de septiembre de 2021 petitionó ante Colpensiones la nulidad de traslado; en similares términos presentó reclamación ante Porvenir SA; obteniendo respuestas negativas por parte de ambas entidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 09 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación de la actora al ISS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho para regresar al régimen de ahorro individual, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, descapitalización del sistema pensional, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir SA contestó en forma legal y oportuna oponiéndose a las pretensiones de la demanda (archivo 05 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la información suministrada por los asesores de la época, la petición presentada y su respuesta negativa; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 13 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Ordenó a Porvenir SA trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con sus rendimientos. Condenó a Porvenir SA a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció la actora en esa AFP. Condenó a Colpensiones a volver a afiliar a la actora en el RPMPD y a recibir todos los aportes trasladados por la AFP accionada; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que la actora ratificó su voluntad con los años de permanencia en el RAIS. Agregó que la accionante es profesional en contaduría, por lo que no puede alegar el desconocimiento de la norma. Indicó que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Peticionó que, en caso de confirmarse la decisión del a quo, se ordene a la AFP accionada no realizar descuentos por concepto de seguros previsionales.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

Porvenir SA solicitó que se revoque la decisión de primer grado, aduciendo que suministró a la accionante asesoría e información suficiente, además que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente.

El extremo demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES

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

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

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub lite no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar

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

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

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle

cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de fondos pensiones y la demandante, imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en este punto, en el sentido de ordenar a Porvenir SA a devolver a Colpensiones el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes de la cotizante y su empleador.

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

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

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

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, dada la improsperidad de su recurso, se le impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones, siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

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

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes

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

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

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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

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

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

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


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DOUGLAS JOSÉ MATOS PIÑA CONTRA JAIME LEÓN GUTIÉRREZ EN CALIDAD DE PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO SOMOS CHEVROLET

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022, la cual fue reconstruida el 24 de mayo de 2022, por el Juzgado treinta y cinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Douglas José Matos Piña, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Jaime León Gutiérrez en calidad de propietario del establecimiento de comercio Somos Chevrolet, para que se declare la existencia de dos contratos de trabajo, el primero, entre el 3 de enero de 2019 y el 10 de junio de 2019 y el segundo contrato entre el 12 de junio de 2019 y el 17 de marzo de 2020, los cuales fueron a término indefinido y terminados sin justa causa por el empleador. Como consecuencia de lo anterior, reclama se condene al demandado a pagar a favor del actor las acreencias laborales causadas en los dos contratos de trabajo, equivalentes a \$2.782.752 y \$4.751.388; la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, respecto de los dos vínculos contractuales, y se pague \$2.500.000, por el primer contrato y \$2.400.000 por el segundo contrato y se reembolsen los pagos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión por valor total de \$9.023.433, así como la sanción moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías y se efectúe la afiliación a la Caja de Compensación Familiar y pagar los emolumentos adeudados, se reconozcan los intereses e indexación desde la fecha en que se hicieron exigibles, se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y se condene en costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 7 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que; desde el 3 de enero de 2019 hasta el 10 de junio de 2019 laboró para Jaime Gutiérrez en calidad de propietario del establecimiento de comercio, Somos Chevrolet; que, se pactó como remuneración la suma de \$2.500.000; que, realizó labores de mantenimiento, revisión y reparación de equipos dentro de un contrato comercial que el demandado sostuvo con Alpina; que al reclamar el pago de acreencias laborales al demandado, éste se negó a efectuar tal reconocimiento, argumentando que lo volvería a contratar; que fue requerido nuevamente por el demandado, pero esta vez para prestar los servicios en la empresa Servicios Aeroportuarios Integrados; que el segundo contrato inició el 12 de junio de 2019 y terminó el 17 de marzo de 2020; que se pactó una retribución de \$2.400.000; que se terminó el contrato sin justa causa; que prestó sus servicios los domingos, festivos, horas extras y nocturnas, sin el reconocimiento de los respectivos recargos; que, le fue descontado del salario los aportes al sistema de seguridad social, sin embargo, los pagos efectuados no corresponden a estos valores; que los pagos de las planillas a seguridad social eran efectuados por el demandado pero con dinero del señor

Matos, reportándose en los documentos como empleador la empresa Alviz Consultores; que el convocado evadió el pago de aportes al sistema de seguridad social, el pago de primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones; que los pagos eran efectuados en efectivo, sin ningún comprobante de nómina.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, con auto del 19 de enero de 2022 se dio por no contestada la demanda, al no haberse presentado escrito de subsanación de la contestación (archivo 17 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 26 del expediente digital) en la que absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación, argumentando que hubo una indebida valoración probatoria, además, señala que no se tuvo en cuenta que al demandado se le dio por no contestada la demanda y por ello, se debían presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión. Adicional a lo anterior expone que de la prueba testimonial y documental se podía inferir que efectivamente hubo una relación contractual con Somos Chevrolet cuyo propietario es el demandado.

CONSIDERACIONES

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

CONTRATO DE TRABAJO

Pretende el recurrente que ante la no contestación de la demanda se tenga por probados los hechos susceptibles de confesión .

El artículo 31 del CPT y SS, que trata de la forma y los requisitos de la contestación de la demanda, en el párrafo 3° dispone “Cuando la contestación de la demanda no reúna los requisitos de este artículo o no esté acompañada de los anexos, el juez le señalará los defectos de que ella adolezca para que el demandado los subsane en el término de cinco (5) días, si no lo hiciere se tendrá por no contestada en los términos del párrafo anterior” y en el párrafo segundo señala “La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado”. De lo citado no se infiere que ante dicha situación procesal surja la confesión sobre los hechos de la demanda. La Corte Constitucional al someter al examen de el artículo 31 del CPT Y SS en sentencia C-102 de 8 de febrero de 2005, expuso “ No existe obligación de contestar la demanda. Conviene transcribir la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la que explica que la falta de contestación de la demanda no constituye confesión: “ El artículo no atribuye a la falta de contestación de la demanda valor de confesión de los hechos afirmados por el demandante o de aceptación de los mismos, como lo advierte el acusador al manifestar que esa “contumacia” no tiene tal consecuencia absurda; pero también es cierto que el artículo 61 del mismo estatuto sobre el sistema de valoración de la prueba laboral, que instituyó conforme a los principios científicos sobre crítica, ordenó atender a la conducta procesal observada por las partes, que naturalmente se inicia, respecto del demandado, con la contestación de la demanda o no de dicho escrito inicial, pauta tan significativa que el nuevo Código de Procedimiento Civil ha recogido la segunda posición como indicio grave en contra del demandado. Sin que defina, pues, por si sola , la controversia, la no contestación mencionada es circunstancia valorable en el proceso del trabajo, aún su apreciación no vulnera los textos destacados por el acusador en infracción medio, al menos mientras no se lleve como no se hizo en el sub-lite a resolver con las probanzas apreciadas conforme a los principios científicos” (sentencia del 29 de mayo de 1974). Debe en consecuencia el demandante someterse a la carga de la prueba tal como pregona el artículo 167 del CGP.

En el escrito introductorio, el demandante sostuvo con el accionado dos contratos de trabajo a término indefinido, siendo el primero de ellos, entre el 3 de enero de

2019 y el 10 de junio de 2019 y el segundo del 12 de junio de 2019 al 17 de marzo de 2020, el cual se desarrolló en las circunstancias resumidas en los antecedentes de esta providencia.

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

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

A su turno, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar dicha presunción.

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

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

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

Fueron aportadas al expediente, documentos denominados “Marcación Manual - Reloj Biométrico” unos con sellos de la gerencia de equipos de SAI y otros sin dicha impresión (folio 1 a 5 y 6 a 18), de los cuales, no se puede colegir o desprender que José Matos hubiese prestado sus servicios a favor del demandado (persona natural).

Respecto al documento acopiado a folio 19 del cartulario, denominado “16-30 de marzo de 2020”, únicamente se relacionó el nombre del demandante, pero se registró como días trabajados “0”, no pudiéndose concluir que se prestó el servicio en dicho interregno de tiempo. Del pantallazo de conversación de WhatsApp, carné con sello de Alpina, certificado RUAF y reportes individuales de mi planilla, allegados de folio 21 a 37, únicamente se podría aseverar que, el demandante estuvo afiliado al sistema de seguridad social, por intermedio de la empresa Alviz Consultores SAS y que fungió como contratista en Alpina, pero en manera alguna, que prestó sus servicios a favor de Jaime León en calidad de propietario de un establecimiento de comercio.

*Adicionalmente, **Giovanni Arias**, testigo de la parte actora, afirmó conocer al actor, porque él trabajaba para la empresa SAI y el actor en Somos Chevrolet; que, nunca conoció de manera personal al jefe del señor Matos Piña, sin embargo, lo veía cualquier día de la semana prestar sus servicios, ello era así, porque, en ocasiones él llegaba a las cinco de la mañana a recibir el turno de seis y el señor Matos, ya se encontraba trabajando, en contraste, con dicha exposición, al indagársele por el horario en el que, el deponente trabajaba, informó, que era en turnos rotativos semanales, de 6 a 2 o de 2 a 10 o en la noche, pero se daba cuenta del servicio prestado, porque era en la misma área, aunque él era empleado de Avianca.*

Es así como una vez analizada la prueba reseñada bajo los lineamientos de los artículos 60 y 61 del CPT y SS, es oportuno resaltar que no existen elementos de convicción de los cuales se pueda inferir la prestación personal del servicio del demandante en beneficio del demandado, Jaime León Gutiérrez, ni mucho menos que se puedan verificar los fundamentos fácticos propuestos en la demanda.

En consecuencia, tal y como se puede establecer con los medios de convicción anteriormente reseñados, el actor no logró demostrar la prestación personal del servicio en favor del señor Jaime León Gutiérrez en calidad de propietario del establecimiento de comercio Somos Chevrolet, lo que de suyo impide que surja la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo petitionado, por lo que, la parte reclamante debe correr con las consecuencias negativas por su inactividad o negligencia, que no es otra que no acceder al derecho reclamado.

Por lo que, se impone confirmar la decisión absolutoria de primer grado, con imposición de costas en esta instancia para el recurrente, dado el resultado adverso de la alzada propuesta.

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

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la decisión apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese y Cúmplase

~~MILLER ESQUIVEL GAYTAN~~
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE EDISON QUIJANO GONZÁLEZ CONTRA WILSON DAZA OCAMPO

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Edison Quijano González, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Wilson Daza Ocampo, para que se ordene el pago de horas extras tanto diurnas como nocturnas laboradas durante la existencia del contrato de trabajo, así como las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, trabajo en dominicales y festivos, la indemnización por despido indirecto, al no haberse brindado condiciones mínimas de seguridad para desempeñar su labor y finalmente, la indemnización moratoria.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 19 del archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: entre las partes existió un contrato verbal entre el 14 de junio de 2014 y el 10 de noviembre de 2016;

que, el cargo desempeñado fue el de celador nocturno de parqueadero; que el vínculo laboral feneció por causa imputable al empleador; que el salario acordado era de \$1.050.000 mensuales, es decir, \$35.000 diarios; que, el servicio fue prestado de domingo a domingo, en un horario de 9 de la noche a 7 de la mañana del día siguiente; que no le fue reconocido el día compensatorio, ni vacaciones; que tampoco fue afiliado al sistema de seguridad social en salud, pensión y Riesgos Laborales; que, no le fue suministrada dotación; que no le pagaron las primas de servicio, intereses de cesantías, horas extras, recargos nocturnos y dominicales; que en el parqueadero habían dos perros, a quienes les daba comida porque el empleador no asumía ese gasto; que, el 1° de noviembre de 2016 reclamó al empleador, por la atención médica de uno de los perros y al no acceder a este pedimento, presentó su renuncia, de manera verbal; que no le fue entregada ningún arma para su defensa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el accionado en forma legal y oportuna, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda acopiada en el folio 19 del expediente digital; en cuanto a los hechos indicó que no eran ciertos estos y negó los restantes, arguyendo para tal efecto, que entre las partes no había existido una relación laboral y por ello, no era viable reconocer las acreencias suplicadas en el interrogatorio. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del contrato laboral, inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de legitimación en la causa.

Resaltándose en este punto que, con proveído del 13 de marzo de 2019, se dio por cierto el hecho 4 de la demanda, conforme a lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (fl. 34 del archivo 01).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 10 del expediente digital) en la que se absolvió al demandado de la totalidad de las pretensiones y

consecuencialmente, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; condenando en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del A quo, el promotor litigioso interpone recurso de apelación, al estimar que, en el trámite procesal no se había desvirtuado la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, encontrándose acreditado con el interrogatorio de parte, los extremos de la relación laboral, en segundo lugar, reprocha la valoración probatoria efectuada respecto a los interrogatorios de parte y finalmente suplica se recepcione la declaración de Yubely Vargas, al cumplirse los requisitos contenidos en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo, al poderse acreditar los fundamentos fácticos expuestos en la demanda.

ALEGATOS

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus recursos de apelación.

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

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

DE LAS PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Precisa la Sala que el apoderado de la parte actora en el recurso de apelación incoado, solicita se practique la prueba testimonial de la señora Yubeli Vargas, luego entonces, en estricta consonancia con el recurso elevado, se entrará a resolver en primer término esta dicotomía.

Sobre el particular, juzga conveniente recordar esta Colegiatura que conforme a las previsiones del ordenamiento adjetivo laboral, la oportunidad procesal para allegar las pruebas que se pretenden hacer valer en el trámite ordinario o especial se ciñen de la siguiente manera; a la parte demandante le corresponde elevar solicitud probatoria al momento de presentar la demanda o la reforma de la misma, de conformidad con los artículos 25 y 26 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social; sin embargo, en tratándose de la parte demandada, las mismas deberán requerirse al momento de contestar la demanda o su reforma.

Oportunidades procesales que para ambos sujetos procesales son perentorios, pues determinan de forma fehaciente el momento oportuno para la presentación o petición de los medios probatorios, los cuales deberá tener en cuenta el operador judicial al momento de decretar las mismas y dar inicio al debate probatorio.

Ahora, en lo que comporta el objeto de la prueba y su necesidad dentro del asunto jurisdiccional, innegable es referir que bajo los apremios del artículo 51 del CPT son admisibles «todos los medios de prueba establecidos en la ley», agregando el artículo 53 ejusdem que el funcionario judicial como delegado de conducir el devenir probatorio «podrá» rechazar las probanzas que resulten «inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito», presupuestos visualizados en el igualdad de términos en el artículo 168 del CGP que a la letra indica:

«El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles»

Bajo esa óptica, es preciso advertir que en la audiencia contemplada en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo, se decretó la prueba testimonial solicitada por la parte actora y en tal sentido, se ordenó escuchar a la señora Vargas en la misma diligencia.

Una vez constituida en la audiencia del artículo 80 ibídem, la juez de conocimiento, ordenó el ingreso a la audiencia pública a la señora Yubeli y el apoderado del promotor litigioso en su oportunidad, informó que la mencionada señora no se podía conectar por internet, sino por celular, situación que no fue aceptada por la juez de conocimiento, al estimar necesario ver a la deponente,

mientras rendía su declaración, manifestación, frente a la cual, la parte actora, informó que suministraría el link de la diligencia, para que esta se conectara.

Después de recibir la prueba testimonial de la parte demandada, se requirió a la parte actora, para que se conectara Yubeli a la audiencia, sin embargo, este señaló “La parte demandante indica que no va a llamar a ningún testigo por el proceso” (45:20).

*Luego entonces, en el sub examine, no solo se decretó la prueba solicitada a favor del extremo demandante, sino que, se dio la oportunidad para que esta compareciera, a través de los diferentes medios tecnológicos puestos al servicio del usuario de la administración de justicia, para dicha data, luego entonces, alegar, que, para octubre de 2020, fecha en que se decretaron y practicaron las pruebas, no se contaban con facilidades para practicar este tipo de pruebas, por Microsoft teams, o una video llamada, no es admisible, agregando en este punto que, la implementación de las tecnologías, no solo impuso cargas a los despachos judiciales, sino a las partes, en tal aspecto, deberá traerse a colación lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC5158 de 2020 y AL 2550-2021, “...Lo anterior, con el objetivo de contextualizar las circunstancias en que se expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020, «Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica», decretado por el Gobierno Nacional, con el propósito de controlar, prevenir y mitigar la emergencia, así mismo propender por proteger la salud de los servidores judiciales, abogados y usuarios de la Rama Judicial y asegurar «la prestación del servicio mediante la adopción de protocolos de bioseguridad y el uso de tecnologías y herramientas telemáticas», que rige desde el 4 de junio de 2020, **se adoptan medidas provisionales con la finalidad de implementar el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los procesos y actuaciones judiciales de manera efectiva y eficaz e impone deberes a los sujetos procesales y autoridades judiciales en relación con el uso de las tecnologías a efectos de agilizar el trámite de los procesos judiciales, reducir el riesgo de contagio y flexibilizar la atención presencial en los despachos judiciales”.** (Resaltado de la Sala).*

Fue así como el órgano de cierre de la jurisdicción, no solo previno a las autoridades judiciales, respecto al uso de los medios tecnológicos, para dar

trámite a los procesos judiciales, sino que, resaltó, que las partes, litigiosas, tenían deberes, respecto al uso de estas, con el fin, entre otras cosas, de dar celeridad a los trámites.

Debe igualmente resaltarse que, el apoderado durante la diligencia, señaló que la testigo no se podía conectar por internet a la diligencia, luego entonces, en aplicación al principio de inmediación de la prueba, es deber del juez recepcionar la prueba de manera directa, situación que no podía ocurrir por una llamada, al no tenerse certeza de la persona que rinde la declaración y, acceder a tal pedimento, sí podría generar vulneración del derecho de contradicción o defensa del convocado a juicio.

Acorde con los argumentos esgrimidos, es que, en el sentir de esta Sala, a pesar de haberse decretado la prueba a favor del demandante, la práctica de esta prueba no se efectuó por culpa de la parte reclamante, pues, no procuró con anterioridad a la celebración de la audiencia, garantizar que la señora Yubeli rindiera su declaración con el uso de las tecnologías.

Tampoco es de recibo por parte de esta Sala que, se indique, vulneración a los derechos fundamentales del demandante, pues, como se señaló en forma precedente, el apoderado de la parte actora, informó sobre la falta de internet de la testigo, y posteriormente señaló, que no iba a llamar a la testigo, luego entonces, en el presente caso, no se cumplen con los lineamientos contemplados en el artículo 83 del CPT para practicar la prueba echada de menos en la alzada, al estimar que, en el presente caso, la omisión en la práctica de la prueba recae en forma exclusiva del solicitante.

CONTRATO DE TRABAJO

El juzgado de primer grado encontró acreditada la prestación del servicio de Edison Quijano González a favor de Wilson Daza Ocampo, sin embargo, no fulminó condena respecto a las acreencias laborales reclamadas, al considerar que no se encontraban acreditados los extremos del vínculo contractual.

En tal sentido, la parte actora reprochó la no aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y el consecuencial reconocimiento de acreencias laborales, causadas a su favor.

Frente a ello, conviene recordar que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art. 23 del CST. De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

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

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

Siendo el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, el determinar si se encuentran acreditados y probados los extremos del contrato de trabajo alegado

por la parte demandante, entre el 14 de junio de 2014 y el 10 de noviembre de 2016, en el cargo de "celador".

Para tal efecto, deberá esta Sala traer a colación lo dispuesto en el artículo 23 del CST determina los elementos que configuran el contrato de trabajo así:

a) Actividad personal del trabajador, es decir, la realizada por sí mismo como su nombre lo indica; este primer elemento implica la prestación personal del oficio a que el empleado se ve obligado, sin concurrencia de ninguna otra persona y sin que el titular de la relación pueda ser sustituido por otro sujeto.

b) La continuada subordinación o dependencia. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, es aquella que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo laboral.

c) Un salario. Como retribución del servicio, es el tercer elemento de la relación de trabajo. La ley colombiana no concibe un contrato de trabajo gratuito para el trabajador, o lo que es lo mismo, una situación mediante la cual el asalariado preste o no su energía de trabajo, sin recibir una remuneración.

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

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato." De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, y es el empleador o demandado quien soporta la carga de desvirtuarla, en el entendido de que el trabajador debe demostrar por lo menos los servicios prestados y sus extremos temporales.

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

Edison Quijano González, al rendir interrogatorio de parte, indicó que, era vendedor ambulante, desde hacía 18 años, más o menos, desplegando tal labor desde las 2 de la tarde hasta las 8 o 9 de la noche, agregando en este aspecto que, en horas de la mañana preparaba las cosas para salir a vender arepas a las 2 de la tarde; al auscultársele respecto al extremo inicial de la relación laboral informó que, él trabajó como tres años con el demandado y cuando el “costeño” descansaba, él lo reemplazaba y esto ocurría una vez cada quince días, pero a partir del 14 de junio de 2014 empezó a trabajar en forma permanente con don Wilson.

A su turno, **Wilson Daza** en el interrogatorio dijo conocer al demandante, porque éste vendía arepas cerca al parqueadero; que, con el tiempo, Edison le pidió un espacio para guardar el carrito de arepas, por lo que accedió a cambio de un pago de \$3.000 diarios; que después de guardar el carrito de arepas durante bastante tiempo, le ofreció intercambiar favores, esto es, que le colaborara con el cuidado del parqueadero y en retribución no le cobraba la estadía del “carro de arepas”, pero tal acuerdo solo se materializó en forma ocasional, como un simple favor, dado que, en el lugar había una casa y allí vivía la familia que se encargaba del predio en horas de la noche. Afirmó, que con el demandante hubo una relación de amistad, pero se deterioró porque los días en que Edison le colaboró dejó ingresar unos caninos que generaron daños a algunos automóviles, los cuales, tuvieron que ser asumidos por él como administrador del parqueadero.

Por otro lado, **Wilson Nauza Ríos** informó que, hace más o menos 15 años, guarda el vehículo de su propiedad en el parqueadero que administra el demandado, tiempo durante el cual, quien le recibía el automotor en las noches era Wilson Daza para luego retirarlo en las mañanas, sin haber tratado jamás con el demandante, con quien solo coincidió en algunas fechas guardando el denominado “carrito de arepas” en el parqueadero que administraba el señor Daza.

En la constancia de no acuerdo conciliatorio adelantado ante la Inspección del Trabajo de Bogotá, el 6 de febrero de 2017, el demandado se limitó a informar que el señor Edison Quijano había renunciado voluntariamente el 10 de noviembre de 2016 (fl. 3 del archivo 01 del expediente digital), sin embargo, respecto al extremo inicial del alegado vínculo, informó que no lo recordaba.

Por otro lado, el Gerente de Universal Automotora de Transportes S.A¹, el 2 de febrero de 2010 emitió certificación a Wilson Daza en la que indican:

*“El suscrito Gerente de la Sociedad. **UNIVERSAL AUTOMOTA DE TRANSPORTES S.A.**, Certifica que el Señor: **WILSON DAZA OCAMPO, identificado (a) con la cédula de ciudadanía N° 79.455.556 de Bogotá**, Labora en nuestra empresa como Administrador y celador de nuestro predio ubicado en la carrera 56 Bis No. 78-63, Barrio Gaitán de la ciudad de Bogotá D.C. Desde el día 2 de Agosto de 2008”*

Del conjunto de pruebas analizadas se encuentra que, ciertamente, el demandado se valió de los servicios del demandante, para ejecutar la labor de celador, tal como lo dedujo el a quo, pero dicha labor fue desplegada en forma transitoria o temporal, pues se ejecutaba solo cuando el cuidador de la casa ubicada en el parqueadero, se ausentaba; y, según lo dicho por el mismo demandante, esto ocurría cada quince días antes de junio 2014, y posteriormente, no hay prueba de que haya sido continua la labor, máxime que el demandado tampoco confesó que esa prestación se hubiera dado de esa manera.

*Es así como, si bien por dicha prestación del servicio, se podría establecer la presunción de existencia del contrato de trabajo, tal conclusión quedó desvirtuada, porque los servicios prestados por el demandante, en realidad no fueron en forma subordinada, pues, no existía la potestad **continua** de dirección, o exigencia en el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios, para el desarrollo de la labor o imposición de reglamentos, debido a **esa temporalidad u ocasionalidad** en que se requería y ejecutaba el servicio. De antaño ha señalado la jurisprudencia laboral, que la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador es el elemento que sirve para diferenciar entre el contrato de trabajo y otros vínculos, en cuanto se requiere que esa facultad del empleador para exigir al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o*

¹ Folio 25 del archivo 01 del expediente digital

cantidad de trabajo e imposición de reglamentos, **debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato**, y en el caso particular, ello no se logra demostrar, por la naturaleza esporádica de la labor prestada, y en general, la forma como se ejecutó, acreditándose que el demandado no estuvo en posibilidad de aplicar esas directrices y controlar el trabajo del demandante, resulta plausible entender que quedó descartada la subordinación.

Por otro lado, no se puede pasar inadvertido que, ni siquiera, el hecho de que el empleador pueda impartir alguna directriz o instrucción pueda catalogarse de manera automática en subordinación, en cuanto la jurisprudencia laboral ha sostenido que no están prohibidas las instrucciones o directrices en la ejecución del servicio, pues “naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador” (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 40121). De modo que es totalmente factible que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Sin embargo, dichas acciones no pueden en modo alguno desbordar su finalidad al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo (CSJ SL2885-2019).

Entonces, aunque el demandante prestaba sus servicios como celador o cuidador, ello se daba en relación con la naturaleza de la labor contratada, que, como se dijo, era esporádica y solo con el propósito de cumplir el objetivo de reemplazar a la persona que se encontraba de asiento en el parqueadero, en donde el demandado no tenía mayor injerencia o control, ni siquiera imponiendo órdenes o exigiendo un horario, o, imputando sanciones o llamados de atención, sino, simplemente, valiéndose de una persona, para que cuidara las instalaciones en horas de la noche. Tampoco existe documental que pueda reafirmar los fundamentos fácticos puestos en consideración por el demandante.

Adicional a ello, en materia de remuneración, si bien se alega un monto de dinero superior al mínimo legal mensual vigente para la época, en que presuntamente se prestó el servicio, el demandado informó que entre las partes se había pactado como contraprestación el no cobro del parqueadero para el carrito de arepas, durante una semana, es decir, una forma de remuneración totalmente alejada de la relación de trabajo, en donde, de antemano, las partes establecen un pago

determinado pero constante. Entonces, se deberá confirmar la decisión de primera instancia, pero, por estas razones.


Como el recurso de apelación resultó adverso al recurrente, se le impondrán costas en esta instancia.

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

RESUELVE

*Primero.- Confirmar la sentencia apelada, pero por lo expuesto en la parte motiva.
Segundo.- Las costas se imponen al demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$300.000.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SORAYA GÓMEZ RINCÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Henry Darío Machado quien se identifica con C.C. No 77.091.125 y la T.P. No. 248.528 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Porvenir SA contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2022, por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Soraya Gómez Rincón, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir SA, Colfondos SA y Protección SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, así como de los traslados horizontales, dada la omisión al deber de información. De igual forma, se declare que la única afiliación válida fue la efectuada el 24 de septiembre de 1985 al RPMPD. En consecuencia, se ordene a Colpensiones y a las AFP accionadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de régimen. De igual manera, se ordene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, y rendimientos; debiendo Colpensiones recibirla en el RPMPD sin solución de continuidad, junto con los aportes trasladados, activando su afiliación, y actualizando la historia laboral. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 16 de septiembre de 1964; el 24 de septiembre de 1985 se afilió al RPMPD, cotizando un total de 449 semanas en el ISS; el 1° de junio de 1994 se trasladó a la AFP Colfondos SA; con posterioridad se trasladó a Protección SA; retornó a Colfondos el 1° de septiembre de 2000; se trasladó a Porvenir SA con fecha de efectividad del 1° de

octubre de 2002; luego se trasladó nuevamente a Protección SA; el 23 de noviembre de 2009, retornó a Porvenir SA; ha cotizado en el RAIS un total de 1.371 semanas; la AFP Porvenir SA no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir con la edad mínima de pensión; solicitó ante las AFP accionadas la ineficacia del traslado; en similares términos presentó petición ante Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación inicial al ISS, y la petición presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 05 del expediente digital). No aceptó ninguno de los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Colfondos SA presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la petición presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para

solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 09 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la afiliación de la accionante a esa AFP y la petición presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los “actos de relacionamiento” al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS. Ordenó a Porvenir SA, última AFP a la que se encuentra afiliada la actora, a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación en el RPMPD y recibir los dineros trasladados. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las AFP accionadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir SA interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen pensional consagrada en la Ley 797 de 2003. Añadió que a la actora le asisten deberes como afiliada al

sistema general de pensiones, lo que le obliga emplear una adecuada atención y cuidado frente a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen. Indicó que no se probó ningún engaño por parte de la AFP que diera lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen.

Porvenir SA solicitó que se revoque la condena en costas, aduciendo que no tuvo injerencia en el traslado de régimen pensional, dado que éste se efectuó por intermedio de la AFP Colfondos SA.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

Colpensiones y Porvenir SA también presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos en sus respectivas apelaciones.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las demandadas Colpensiones y Porvenir SA al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 55 años de edad, en tanto nació el 28 de abril de 1967, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 02 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen

pensional efectuado el 1° de junio de 1994, con destino a la AFP Colfondos SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas; por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

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

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

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

ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

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

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

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

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

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Porvenir S.A. ha presentado oposición a las

pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

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

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

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

Argumentos por los que igualmente se le impondrá condena en costas a las recurrentes en esta instancia, ante la improsperidad de sus recursos.

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

RESUELVE

Primero.- Adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a las AFP Colfondos SA, Porvenir SA y Protección SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, los dineros descontados por concepto de gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció en cada una de esas AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

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


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELLIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PABLO ENRIQUE MONCADA SUÁREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

DEMANDA

Pablo Enrique Moncada Suárez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP

Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. De igual forma, se declare que para todos los efectos siempre ha permanecido en el RPMPD, sin solución de continuidad en la afiliación. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todas las sumas, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración descontados durante todo el tiempo de permanencia en esa AFP; debiendo Colpensiones reactivar la afiliación, considerando que siempre ha estado vinculado al RPMPD, recibir los aportes y rendimientos devueltos por Porvenir SA. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso, y a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 25 de enero de 1960; se afilió al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta el 10 de noviembre de 1998; el 10 de noviembre de 1998 firmó el formulario de traslado a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA; el asesor de la época no le suministró información concreta y veraz sobre de las consecuencias que conllevaría su traslado de régimen, tampoco acerca de las características propias del RAIS, ni las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes; durante su permanencia en la AFP no recibió asesoría sobre los requisitos para el disfrute de su pensión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 13 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de

nacimiento del accionante y su actual vinculación a esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 18 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado del actor al RAIS. Condenó a Porvenir SA a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a aceptar dicha transferencia y a contabilizar, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el actor. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir SA interpone recurso de apelación argumentando que el traslado del actor se realizó de manera libre, voluntaria e informada, de conformidad con la normatividad existente para el momento de su vinculación, como da cuenta el formulario de afiliación. Agregó que la asesoría brindada fue verbal y que al accionante le asisten obligaciones como consumidor financiero, por lo que debía conocer las características del RAIS, las cuales están en la ley. Afirmó que no es procedente la indexación, dado que siempre actuó de buena fe al administrar los recursos del actor de forma diligente; aunado a que la indexación no fue peticionada en el escrito de demanda. Finalmente, manifestó que no es posible devolver los gastos de administración, por cuanto corresponden a una contraprestación por la buena y correcta administración.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos al sustentar su recurso de apelación.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Porvenir SA al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

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

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “el asesor de la época no le suministró información concreta y veraz sobre de las consecuencias que conllevaría su traslado de régimen, tampoco acerca de las características propias del RAIS, ni las

ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP a los afiliados, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 10 de noviembre de 1998, con efectividad a partir del 1° de enero de 1999. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

El demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que en el año 1998 un asesor de la AFP Colpatria lo visitó en su lugar de trabajo y le manifestó que el ISS se iba acabar y que debían trasladarse a un fondo de pensiones, pero no recibió información acerca de las características, beneficios, modalidades de pensión ni requisitos exigidos en el RAIS. Dijo que la asesoría fue grupal y duró 10 minutos.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación

que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, aunado a que no fue aportado por parte de Porvenir SA el formulario de vinculación que permita si quiera establecer que cumplió con el deber de información que reclama el actor. Tampoco está acreditado que dicha administradora hubiese informado al demandante de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan

por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

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

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

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

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

por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

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

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

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

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

Adicionalmente, cumple precisar que si bien la indexación de las sumas no hizo parte de las pretensiones de la demanda, también es cierto que su imposición

oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada. Así lo adocrinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia Sl359-2021:

“[...] la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.”

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

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

pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de su recurso, se le impondrá condena en costas de esta instancia a Porvenir SA, siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya

condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

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

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

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

R E S U E L V E


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

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

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

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

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


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RIGOBERTO ANIBAL PAVAJEAU, LEONOR ELIANA ANAYA MORA, SAMUEL JOSÉ PAVAJEAU ANAYA y SHEYLA CAROLINA PAVAJEAU ANAYA CONTRA DRUMMOND

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Rigoberto Aníbal Pavajeau Torres, Leonor Eliana Anaya Mora, Samuel José Pavajeau Anaya y Sheyla Carolina Pavajeau, por intermedio de apoderado judicial, demandaron a Drummond Ltd, para que se declare la existencia de un contrato a término indefinido entre el 12 de septiembre de 2012 al 17 de noviembre de 2016, el cual se dio por terminado por decisión del empleador y sin justa causa, descontando de su liquidación final sumas de dinero sin su autorización, sufriendo el trabajador un perjuicio extra patrimonial (moral y daño a la vida en relación), al igual que su grupo familiar, conformado por su cónyuge e hijos. En consecuencia, solicita se condene a la demandada a reintegrar

los \$10.701.157 descontados, indemnización moratoria y perjuicios morales alteración de las condiciones de existencia, así como los perjuicios extra patrimoniales causados a su cónyuge, Leonor Eliana Anaya Mora y sus hijos, Sheyla Carolina y Samuel José Pavajeau Anaya, así como los demás derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el folio 20 y 132 del archivo 2 del expediente digital, en los que en síntesis se indican que: Rigoberto Anibal Pavajeau Torres celebró contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Drummond Ltd, devengando un salario integral y prestaciones extralegales en junio y diciembre, así como el pago de descansos, devengando para el año 2016, la suma de \$8.963.000; que el cargo desempeñado fue el de médico, en el corregimiento la Loma, del Paso, César; que, de la liquidación definitiva de prestaciones sociales le fue descontada la suma de \$10.701.157; que, nunca autorizó el descuento de ninguna suma de dinero; que, no encuentra justificada la deducción efectuada por su ex empleador; que su calidad de vida personal y familiar se vio afectada al no poder brindar la educación que le proporcionaba a sus hijos en instituciones reconocidas, generándole desasosiego, ansiedad, depresión, no solo a él, sino a la familia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, en la cual estimó que era procedente se declarara la existencia del contrato de trabajo, entre el 12 de septiembre de 2012 y el 17 de noviembre de 2016, cuando se dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa; sin embargo, se opuso a que se declarara que se había incumplido con las obligaciones laborales y que, hubiese efectuado un descuento ilegal, al trabajador, argumentando para tal efecto que, se habían pagado en forma anticipada a favor del actor, estos rubros debían ser reintegrados. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe y cobro de lo no debido y compensación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (fl. 389 del archivo 02 del expediente digital) en la que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, consecuencia de lo anterior absolvió a Drummond Inc de la totalidad de las pretensiones, condenó en costas al actor y ordenó la consulta de la providencia en caso de que esta no fuese apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el demandante, interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda, estimando para tal efecto que, la prueba documental es inescindible y en tal sentido, se había desconocido que, en la liquidación de prestaciones sociales, se había estipulado un “valor negativo en nómina” y al contestarse los hechos 13 y 14 se había aceptado la realización del descuento al trabajador, estando prohibido tal actuar a los empleadores; por otro lado considera que, no debió tenerse en cuenta la documental impresa y que no contenía firma, al no existir certeza de su elaboración, y que respecto a dichos documentos no se indagó al ex trabajador y por tanto, no se tuvo la oportunidad de desconocerlos ni tacharlos; en tercer lugar señala que Luz Mila López había informado de la inconformidad planteada por el demandante al área de Recursos Humanos, pero dicha dependencia no la resolvió; el cuarto punto objeto de inconformidad se centró en los montos descontados a la fecha de finalización del vínculo contractual; por otro lado, arguye el apelante que, Drummond actuó de mala fe y finalmente, que se debía fulminar condena por perjuicios extra patrimoniales, al ser su grupo familiar, el que vive más de cerca las consecuencias del fenecimiento del vínculo contractual.

ALEGATOS

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus recursos de apelación.

CONSIDERACIONES

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

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente del 12 de septiembre de 2012 y el 17 de noviembre de 2016, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de médico, en el corregimiento La Loma, ubicado en el Departamento del Cesar, devengando un salario integral; lo anterior encuentra respaldo probatorio en el contrato de trabajo (archivo 1 del expediente digital fls. 46), la carta de terminación (fl. 51), y la liquidación final de la salarios y prestaciones (fl. 50); así como en lo aceptado por la demandada al momento de pronunciarse respecto a los hechos de la demanda; supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

AUTENTICIDAD DE DOCUMENTOS

Si bien, se duele el apoderado de la parte demandante, de la valoración probatoria realizada por el juez de conocimiento, respecto de documentos acopiados tanto por la parte demandante y demandada, al considerar que, al no tener firma y certeza de quien los había suscrito, no era viable, dar credibilidad a los mismos.

Advirtiéndose en este punto que, el demandante, en forma genérica habló de documentos impresos sin firma, sin indicar en forma individualizada sobre que, elementos probatorios recaía la inconformidad, pero aún más extraño resulta para esta Sala de Decisión, pues, reprocha los documentos aportados por el mismo promotor litigioso.

En tal sentido, debe resaltar esta Sala que, acorde con lo previsto en el párrafo del artículo 54 A del CPT y de la SS, modificado por el artículo 24 de la Ley 712 de 2001, en materia laboral, los documentos o sus reproducciones, presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos, sin necesidad de presentación personal, siendo las excepciones, aquellos que emanan de terceros o cuando se traten de hacer valer como título ejecutivo, por ende, como lo ha

sostenido la jurisprudencia del trabajo, “al eliminarse el requisito de autenticación de los documentos emanados por las partes, se trasladó, en este caso al recurrente, la facultad de aceptarlos o tacharlos, pues en el evento de no corresponder a la verdad, o no estar seguro de su contenido o autoría, en ejercicio de los principios de contradicción y publicidad de la prueba, puede proceder, conforme se señaló con anterioridad (CSJ SL17411-2015)”; lo que implica entender que, cuando la demandada aportó los documentos como prueba de los hechos que alegaba en la contestación de la demanda, éstos pudieron ser tachados, desconocidos o controvertidos, sin embargo, ello, no ocurrió en el presente trámite, procediendo frente a éstos el reconocimiento implícito o tácito.

DESCUENTOS A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Insiste la parte demandante en que la Drummond Ltd. descontó de manera ilegal y sin autorización expresa del demandante, la suma de \$10.107.157 de la liquidación final de acreencias laborales reconocidas al demandante y por tanto dicho valor debía ser reintegrado al trabajador, agregando a su dicho, que, de acuerdo a las operaciones matemáticas, las sumas descontadas no concuerdan con lo dicho por la testigo Luz Mila López en su declaración ni con la prueba documental acopiada al expediente digital.

Es así, como para resolver el punto planteado, se trae a colación lo dispuesto en el artículo 59 del C. S. del T, que a la letra señala,

“Numeral 1, reza: **“Se prohíbe a los patronos:**

Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:

a. Respecto de salarios pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400...”

A su turno, el artículo 149 prohíbe al empleador la deducción, retención o compensación de suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo, deudas del trabajador para con el patrono, sus socios, sus parientes o sus representantes, indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos

elaborados, pérdidas o averías de elementos de trabajo, avances o anticipos del salario.

En el contrato de trabajo a término indefinido suscrito por Rigoberto Anibal Pavajeau Torres y Drummond Ltd., se acordó: “QUINTA. Teniendo en cuenta que el empleador los días dieciocho (18) de cada mes paga al TRABAJADOR el salario correspondiente al respectivo mes calendario, adelantado o anticipando por este solo hecho al TRABAJADOR algunos días que este todavía no ha laborado, es decir, los que van del día diecinueve (19) al final del mes, EL TRABAJADOR, previa, libre e irrevocablemente, autoriza al EMPLEADOR, dentro de los límites previstos en el numeral 2° del artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo, y en caso de que el presente contrato de trabajo, por cualquier causa, se termine antes del fin de mes, para que retenga o deduzca de su liquidación final de salarios y prestaciones sociales en dinero, una suma igual a la que corresponda a los restantes días del mes no trabajados ni devengados pero sí pagados anticipadamente por EL EMPLEADOR al TRABAJADOR...”. Adicional el máximo tribunal de Justicia Ordinaria Laboral en sentencia, SL 712/2013 y reiterada en SL 525/2020, precisó: “Ha dicho la sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleado. De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados”.

Bajo lo delimitado precedentemente, se entra al análisis de los descuentos realizados al demandante en la liquidación de salarios y prestaciones sociales. Al contestarse el hecho 15 del escrito de la demanda, Drummond Ltd., discriminó los valores descontados al demandante, de la siguiente manera, que es la suma que reclama el demandante:

<i>Salarios del 17 al 21 de noviembre de 2016</i>	<i>\$ 1.195.067,00</i>
<i>Prima de Vacaciones</i>	<i>\$ 5.646.690,00</i>
<i>Vacaciones</i>	<i>\$ 5.377.800,00</i>
<i>Retención en la Fuente</i>	<i>- \$ 1.036.000,00</i>
<i>Salud</i>	<i>-\$ 214.400,00</i>
<i>Fondo de Solidaridad</i>	<i>-\$ 53.600,00</i>
<i>Pensión</i>	<i>-\$ 214.400,00</i>
<i>Total</i>	<i>\$ 10.701.157,00</i>

Al revisar el material probatorio, se trajo a folio 46 contrato de trabajo con estipulación de salario integral, otrosí al mismo (folio 48 y 330); carta de terminación del contrato de trabajo (folio 51, 332); liquidación de prestaciones sociales (folio 59, 333); solicitud de vacaciones (folio 60, 337); desprendibles de nómina (folio 62 a 64; 335 a 336); extracto emitido por el Banco Citibank en noviembre de 2016 (folio 334); programa de beneficios extralegales de Drummond Ltd Colombia (folio 338).

Ahora bien, debe resaltar esta Sala de Decisión que, al contestarse el hecho 15 del escrito de la demanda, Drummond Ltd., discriminó los valores descontados al demandante, de la siguiente manera,

Salarios del 17 al 21 de noviembre de 2016	\$ 1.195.067,00
Prima de Vacaciones	\$ 5.646.690,00
Vacaciones	\$ 5.377.800,00
Retención en la Fuente	- \$ 1.036.000,00
Salud	-\$ 214.400,00
Fondo de Solidaridad	-\$ 53.600,00
Pensión	-\$ 214.400,00
Total	\$ 10.701.157,00

A su turno, **Luz Mila López**, en calidad de trabajadora de la empresa Drummond desde hace quince años y desde hace cuatro años fungir como directora del área de nómina de la empresa, al ostentar el título de contadora, se encargó de efectuar la liquidación final de acreencias laborales, de acuerdo a la información registrada o reportada por Recursos Humanos; resaltando que, tanto los salarios, como las prestaciones son pagados por la empresa, de manera anticipada, los días 20 de cada mes, para los empleados del área administrativa de la compañía - grupo al cual pertenecía el demandante.

Respecto a la liquidación del demandante, informó que, en esta se incluyeron vacaciones, primas de vacaciones, indemnización por terminación del contrato sin justa causa y los descuentos legales; así mismo, los beneficios extralegales, el primero de ellos, del 5%, equivalente a 18 días de salario; además, un 7% de prima extralegal de navidad o fin de año y una prima extralegal de vacaciones, la cual fue reconocida de manera voluntaria por la empresa. Agregando a su dicho, que, en la liquidación se había realizado un descuento por valor de \$10.701.157, correspondiente a salarios causados del 17 al 21 de noviembre de 2016,

equivalentes a \$1.195.067, en segundo lugar, las primas extra legales de vacaciones, al no tener derecho al reconocimiento de \$5.636.690 y \$5.377.800 por vacaciones pendientes por disfrutar, por el período laborado del año 2015 a 2016 y los descuentos de retención en la fuente \$1.032.000, seguridad social de salud y pensión \$214.000 y \$53.600 al fondo de solidaridad.

Así, se puede concluir que, entre las partes no existe divergencia alguna, en que, a la fecha en que se dio el finiquito contractual del señor Pavajeau Torres, se efectuó un descuento por valor de \$10.701.157, pues así fue aceptado por la demandada y se constata tanto con la prueba documental arrimada al cartulario como por la declaración rendida por la contadora de la empresa.

Consecuencia de lo anterior, se procedió a revisar la liquidación definitiva de acreencias laborales, advirtiendo que Drummond Ltd, enlistó las prestaciones e indemnizaciones causadas a favor del señor Pavajeau Torres, en cuantía de \$45.638.102 y a renglón seguido, señaló los conceptos objeto de deducción, por valor de \$18.338.557, así,

<i>Aporte Salud</i>	<i>\$ 311.300,00</i>
<i>Aporte Pensión</i>	<i>\$ 311.300,00</i>
<i>Aporte Solidaridad</i>	<i>\$ 77.800,00</i>
<i>Rete Fuente por Salarios y otros Pagos</i>	<i>\$ 2.780.000,00</i>
<i>Rete Fuente Indemnización</i>	<i>\$ 4.157.000,00</i>
<i>Valor Negativo en Nómina</i>	<i>\$10.701.157,00</i>
<i>Total</i>	<i>\$18.338.557,00</i>

Respecto al descuento de los \$10.701.157, no pasa inadvertido, esta Colegiatura que, si bien, la empresa, no puso en conocimiento de manera oportuna al demandante los conceptos descontados en forma individualizada, con el fin de que, este tuviera claridad de los valores pagados en forma anticipada, también es cierto que, no se puede desconocer los pagos efectuados por la Drummond Ltd. Nótese que, Drummond pagó \$6.274.100, por 21 días de salario del mes de noviembre, de acuerdo al desprendible de nómina aportado por las partes en contienda (fl. 64 y 336).

En el mismo mes de noviembre, la convocada pagó una prima extralegal de vacaciones, correspondiente a \$5.646.690 y las vacaciones que se encontraban pendiente por disfrutar, en cuantía de \$5.377.800 (fls. 64 y 336).

Luego entonces, al sumar tanto el salario, como las vacaciones legales y extralegales, se obtiene la suma de \$17.298.590, monto frente al cual se hicieron los respectivos descuentos de Ley, ordenándose el pago neto de \$14.356.290, cifra respecto de la cual se acreditó el pago, con el extracto del mes de noviembre de 2016, emitido por el Banco Citibank y en el que se avizora que la transferencia fue materializada el 4 de noviembre de 2016 (folio 334).

Pudiéndose concluir que, Rigoberto Aníbal, recibió 4 días de salario no trabajados, y de los cuales, Drummond se encontraba autorizado descontar, al darse por terminado el contrato de trabajo. No ocurriendo lo mismo, respecto a las vacaciones legales, pues, para esta Sala de Decisión, el solo hecho de que el demandante devengara un salario integral (art. 132 del Código Sustantivo del Trabajo), no conducía en forma indefectible a que se desconociera o negara el reconocimiento de este concepto, a las voces de lo dispuesto en el artículo 186, ibídem, y el cual dispone que por los servicios prestados al término de un año el trabajador tendrá derecho a que se le concedan 15 días hábiles de descanso remunerado.

Por ello, al haber laborado el accionante para la empresa Drummond desde el 12 de septiembre de 2012 hasta el 17 de noviembre de 2016, y encontrarse pendiente por disfrutar las vacaciones causadas entre el año 2015 y 2016, surge de manera infalible (folio 60 y 337), la obligación del empleador de reconocer al trabajador una compensación en dinero, descontando de este período los 50 días de suspensión señalada en la respectiva liquidación, es decir, cuantificada corresponde este concepto, a \$4.668.229,¹⁷. Aunado a lo anterior, tampoco se pasa inadvertido, que, respecto a este concepto, se efectuó el descuento de \$5.377.800, cifra que, en primer lugar, no se acompasa con el valor adeudado al trabajador y en segundo lugar, que no se encuentra justificado en debida forma, a que correspondería la diferencia adicional descontada al trabajador (\$709.570,⁸³), brotando en forma palmaria, la orden de devolución, en forma íntegra a favor del trabajador y debidamente indexado al momento de su pago.

En lo atinente a la prima de vacaciones extralegal reconocida por el empleador, la misma, se encuentra contenida, en el programa de beneficios fijado por la

compañía, tal y como se puede constatar con la documental acopiada a folio 338 del expediente digital y en la que, se estableció en el numeral 3.

“Pago Extralegal de Descanso: Equivalente al siete por ciento (7%) del salario básico o integral anual. El cinco punto veinte y cinco por ciento (5.25%) del salario básico ó integral se reconocerá en el momento de salir a disfrutar de las vacaciones anuales. Al regresar de sus vacaciones, le será cancelado al empleado el uno punto setenta y cinco (1.75%) adicional de salario básico o proporcionalmente según sea el caso.

En caso de liquidación del contrato, la empresa se reserva la facultad, para que en casos especiales, según lo determine, pueda reconocer o no proporcionalmente este pago extralegal de descanso por períodos totales de vacaciones pendientes”

Es así, como este beneficio extralegal es reconocido en dos partes, la primera, cuando el trabajador, empieza a disfrutar las vacaciones, y otra, cuando se reincorpore a sus labores, sin embargo, como ya se ha indicado de manera repetitiva, el actor, no disfrutó las vacaciones causadas por el período de 2015 a 2016, sin embargo, ya se encontraba causado el derecho, quedando claro, que no era viable, que tal beneficio, a pesar de ser orden extralegal, se desconociera al trabajador, por ello, se ordenará también el reintegro del valor descontado por este concepto. Pues, esa proporcionalidad hace referencia al pago antes y después del ingreso de vacaciones, pero no su no pago.

En suma, de acuerdo con lo probado en el juicio, es claro que los dineros deducidos al actor, por concepto de vacaciones legales y extralegales, deben ser reintegrados, al tornarse su descuento en ilegal, por lo que, surge de forma palmaria la revocatoria del numeral primero y segundo de la sentencia objeto de reproche, para en su lugar, declarar no probada la excepción denominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, respecto al descuento de la prima legal de vacaciones y consecuentemente, que ascienda a \$11.024.490, pero como la demanda se dirigió al reintegro de \$10.701.157.00, se ordenará el reembolso de esta suma para no quebrantar la facultades extra y ultra petita, que como bien es sabido sólo la tiene el juzgador de primera instancia. Sin que se haya pedido su actualización.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Como consecuencia del impago de los salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo, solicita el demandante que se declare la mala

fe de Drummond Ltd. Y aunque, no es claro en su argumentación, entendería esta Colegiatura, que, reclama la imposición de la condena por sanción moratoria referida en el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, la cual establece que, si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaura antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederán los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas a partir del mes 25 y por los 24 meses anteriores el salario diario aludido.

Sin embargo, deberá indicarse que, las vacaciones, tanto de índole legal como extralegal no retribuyen el servicio prestado por el trabajador y tampoco se encuentran contenidas en los capítulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo, que regula las prestaciones sociales, al ser esta una acreencia de naturaleza indemnizatoria, por lo tanto, el pedimento de la parte actora, no se enmarca dentro del condicionamiento enmarcado en el artículo 65 para, fulminar la reclamada condena, así se ha dispuesto en forma reiterativa por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL467 de 2019.

PERJUICIOS EXTRA PATRIMONIALES

En cuanto a la solicitud de pago de perjuicios planteada por el recurrente al sustentar su apelación, es de precisar que, el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la ley 789 de 2002, establece la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobado, sin embargo, explícitamente dice que” Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente”, por lo cual el juez puede reconocer una indemnización por el daño moral ocasionado por la terminación unilateral del contrato de trabajo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14618-2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, consideró que “Es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial. (...) Es necesario ponderar la manera

como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente (...) El daño moral está sujeto al arbitrio judicial, dado que no es posible tarifar el dolor, la decepción, la tristeza, la impotencia y demás componentes propios del fuero interno del individuo”.

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

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

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

De acuerdo al caso que nos compete, en donde el actor alega que la terminación del contrato laboral de forma unilateral y sin justa causa le causó un daño, a su calidad de vida personal y familiar al no poder suministrar un nivel educativo a sus hijos igual al que venían llevando, el cual desencadenó ansiedad, depresión, desasosiego y demás, no solo a él, sino a su grupo familiar, la Sala al realizar el análisis del acervo probatorio que reposa en el plenario para determinar si efectivamente el actor comprobó el daño moral que alega, observó que no existe prueba que soporte la alegación del demandante, en el entendido que no se probó que el despido tenía por objeto lesionar al trabajador, que llevara como consecuencia que no se pudiera ubicar laboralmente en otro sitio de trabajo, ni tampoco que le haya originado un grave detrimento patrimonial. A pesar que el actor alega un menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo como en lo familiar o social no resulta demostrado que la configuración de los perjuicios morales se deriva de circunstancias que causen un daño real como sería por ejemplo la imputación de injustificada de conductas delictivas contrarias a la moral o la ética que afecten la honra o el buen nombre situación

que no se encuentra configurada en el presente, bastando entonces las anteriores consideraciones para confirmar lo decidido en primera instancia.

CONDENA EN COSTAS

En vista que prosperó de manera parcial el recurso de apelación, las costas de primera instancia correrán a cargo de la demandada y en esta instancia no se impondrá condena por este concepto.

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

R E S U E L V E

Primero.- Revocar los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a Drummond Ltd a reconocer y pagar a favor de Rigoberto Aníbal Pavajeau, la suma de \$10.701.157, como compensación de vacaciones legales y extralegales, conforme las motivaciones de esta sentencia.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero.- Costas de primera instancia a cargo de la demandada. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIME ALEXANDER MUÑOZ SARMIENTO CONTRA LEWIS ENERGY COLOMBIA INC.

En Bogotá, D.C., a los catorce (14) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

Jaime Alexander Muñoz Sarmiento, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Lewis Energy Colombia INC., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo, entre el 7 de marzo y el 21 de septiembre de 2016, el cual se dio por terminado unilateralmente y se reconozca que no era un empleado de dirección, manejo y confianza. En consecuencia, se condene al pago de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales diurnos, dominicales nocturnos, laboradas durante el vínculo laboral. Igualmente, reclama se reliquiden las acreencias, se

condene a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, y a las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 3 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: entre las partes, existió una relación laboral desde el 13 de enero de 2015, por intermedio de la temporal Nexarte Servicios Temporales SA.; que a partir del 7 de marzo de 2016, fue contratado como empleado directo de la empresa Lewis Energy Colombia; que, suscribió un contrato para desempeñar el oficio de operador de producción 1 e instrumentista en la compañía; que cumplía turnos de 20 días de trabajo por 10 días de descanso; que en el contrato se estipuló que, este sería "...A TÉRMINO INDEFINIDO, SALARIO TRADICIONAL PERSONAL DE MANEJO DE CONFIANZA"; que, no se cumplen con los preceptos para que se considere al trabajador de confianza y manejo; que, se pactó un salario de \$4.000.000, más un bono de campo de \$150.000 por cada día trabajado; que, a la terminación del contrato, le fue pagada la suma de \$19.050.000, correspondientes a 127 días laborados en campo; que, durante su relación laboral, laboró en una jornada de 12 horas por 20 días, en el turno de 6 de la mañana a 6 de la tarde y de 6 de la tarde a 6 de la mañana; que, trabajó 228 horas extras diurnas, 224 horas extras nocturnas, 52 horas extras dominicales diurnas y 56 horas extras dominicales nocturnas; que, la relación contractual se mantuvo hasta el 21 de septiembre de 2016; que la empresa Lewis Energy Colombia INC., dio por terminado el contrato de manera unilateral; que, teniendo en cuenta las horas extras como factor salarial, el trabajador, devengaba en promedio, la suma de \$10.837.500; que, la empresa a la hora de liquidar sus prestaciones, no tuvo en cuenta, el bono de campo y las horas extras, prestaciones y demás derechos adquiridos; que, radicó derecho de petición tendiente a que le fueran reconocidos sus derechos laborales y tal pedimento fue resuelto el 16 de diciembre de 2016; que nunca cumplió labores de un trabajador de confianza y manejo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones formuladas archivo 1 del expediente digital; en cuanto a los hechos solo aceptó la existencia de un contrato de trabajo entre el 7 de marzo y el 21 de septiembre de 2016; adicionalmente, aceptó que había pagado la suma de \$19.050.000, correspondientes al bono por días laborados en campo; sobre los

restantes manifestó que no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido y pago, buena fe, prescripción y compensación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 10 del expediente digital) en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente entre el 7 de marzo de 2016 al 21 de septiembre del mismo año, en un cargo que no era de dirección, confianza y manejo. Condenó a la demandada a pagar al accionante las siguientes sumas: \$11.216.666 por concepto de horas extras dejadas de cancelar en la liquidación y reliquidación de prestaciones sociales y los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del 22 de septiembre de 2016 y hasta cuando se verifique el pago de las horas extras. Absolvió de las demás pretensiones a la accionada; condenó en costas a la demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del A quo, las partes interponen recursos de apelación: El extremo demandante argumentó que el bono de campo, aunque no haya sido motivo de pretensión, hace parte de lo pactado en el contrato y no una mera liberalidad por lo que debió ser tenido en cuenta como factor salarial en la liquidación junto a la suma del salario base y de las horas extras. Indicó que no se tuvo en cuenta las horas extras nocturnas, ya que como lo manifestó el representante legal de la accionada, el turno se iba alternando de 6 de la mañana a 6 de la tarde y de 6 de la tarde a 6 de la mañana durante los 20 días de trabajo durante los meses que estuvo vinculado. Finalmente, manifestó su inconformidad frente a la sanción del artículo 65 del CST, al estimar que durante los primeros 24 meses se aplicará un día de salario por cada día de retraso y a partir del mes 25, se aplicará intereses moratorios hasta el pago definitivo de la obligación, pues este no era el sentir de la norma.

Por su parte, Lewis Energy Colombia INC., sentó su oposición frente a la sentencia emitida en primera instancia, en primer lugar, respecto al cargo desempeñado por el actor, pues estima que éste era de dirección, confianza y manejo, y por ello, el no reconoció ni pagó horas extras; en segundo lugar señaló que, actuó de buena fe y, por tanto, no se debía fulminar condena por concepto de sanción moratoria, máxime que, durante la existencia del vínculo laboral su actuar fue correcto y con apego a la Ley, resaltando que, a la finalización del vínculo y una vez solicitado el pago de obligaciones laborales, revisó su actuación y accedió al reconocimiento y pago de una reliquidación; además, siempre pagó puntualmente las obligaciones; añadió que, se debía descontar de las horas extras reconocidas, una hora de almuerzo; por último, frente al bono de campo que esté fue un aspecto indiscutido por las partes que se debía pagar por los días efectivamente laborados en campo.

ALEGATOS

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus recursos de apelación.

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

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

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente del 7 de marzo de 2016 y el 21 de septiembre del mismo año, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de “Operador de Producción 1 e instrumentista”; lo anterior encuentra respaldo probatorio en el contrato de trabajo (archivo 1 del expediente digital fls. 10 y 11), la carta de terminación (fl. 12), y la liquidación final de la salarios y prestaciones (fl. 13); así como en lo aceptado por el representante legal de la pasiva al absolver interrogatorio de parte; supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

INEFICACIA CLÁUSULA DEL CONTRATO DE TRABAJO - TRABAJADORES DE DIRECCIÓN, CONFIANZA Y MANEJO

El debate en esta instancia se centra en determinar si las labores ejecutadas por el actor en el cargo de operador de producción 1 e instrumentista, a partir del 7 de marzo de 2016, pueden ser catalogadas como de dirección, confianza y manejo, para, de esta manera, establecer la viabilidad de declarar ineficaz la cláusula del contrato de trabajo que lo cataloga de tal manera, y así determinar la procedencia del pago del trabajo suplementario.

El artículo 43 del CST señala que “En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de estas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya una por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia o declarado judicialmente”, entonces, cuando entre empleador y trabajador pactan cláusulas que desbordan lo prescrito en la ley, fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo no producen ningún efecto. Tema que tiene que ver con la irrenunciabilidad de los derechos mínimos y garantías consagrados a favor de los trabajadores (arts. 13 y 14 del CST).

En relación con el tema sometido a estudio, es preciso recordar que el artículo 162 del CST indica que los trabajadores que desempeñan cargos de dirección, confianza o manejo están excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo; sin embargo, el referido código no define dichos conceptos, razón por la cual ha sido labor de la doctrina y jurisprudencia determinar el alcance los mismos. Así, se tiene que el trabajador de dirección, confianza y manejo actúa en función no simplemente ejecutiva, como el trabajador ordinario, sino conceptiva, orgánica y coordinativa, interviene en la implementación de las políticas de la empresa y en hacer que éstas se cumplan por los trabajadores ordinarios o comunes en aras del éxito de la empresa, por lo que igualmente funge como representante del empleador en las voces del artículo 32 del CST, en cambio el trabajador ordinario simplemente ejecuta las labores contratadas y las órdenes que le imponga el empleador.

Así, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como las de radicación No. SL 1068 del 17 de febrero de 2021, 24428 del 19 de julio de 2016, No. 34417 del 20 de agosto de 2008, No. 40016 del 1° de agosto de 2012 y No. 45068 del 11 de noviembre de 2015, entre otras, ha señalado, en síntesis, que los cargos de dirección, confianza o manejo se caracterizan por cuanto los intereses tienden a confundirse con los del propio empleador, además de tener una especial capacidad de mando y dirección sobre los demás asalariados de la empresa; por lo que exigen honradez, rectitud y lealtad especiales, lo que indica que el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza, distinto al exigido a cualquier otro trabajador, en tanto aquellas labores comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa.

Atendiendo lo anterior, encuentra la Sala que el acto jurídico aquí debatido consiste en el contrato de trabajo suscrito entre las partes el 7 de marzo de 2016, el cual se denomina “Contrato de trabajo a término indefinido salario tradicional personal de manejo y confianza” y en la cláusula primera se establece que las labores desempeñadas por el actor serán las contratadas en el contrato, así se señala:

“CLÁUSULA PRIMERA: EL TRABAJADOR se compromete en forma personal y exclusiva a favor de **EL EMPLEADOR** a poner toda su capacidad normal de trabajo, eficiente y necesaria, para desempeñar el oficio aquí contratado, así como en la ejecución de tareas ordinarias y anexas al mencionado cargo de conformidad con las órdenes e instrucciones que la imparta **EL EMPLEADOR**”.

En su recurso de apelación, la parte accionada insiste en la legalidad de la cláusula antes citada, aduciendo que las funciones de operador de producción 1 e instrumentista ejercidas por el actor son propias de un cargo de dirección, confianza y manejo.

Trazados estos derroteros, procede la Sala a analizar las pruebas recaudadas. En primer lugar, de folios 10 y 11 se observa el documento denominado “CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO SALARIO TRADICIONAL PERSONAL DE MANEJO Y CONFIANZA” para el cargo “OPERADOR DE PRODUCCIÓN 1 E INSTRUMENTISTA”, en el que se indica:

Nombre del trabajador:	Jaime Alexander Muñoz Sarmiento
Clase de contrato:	Contrato a término indefinido Salario tradicional

Fecha de inicio:	7 de marzo de 2016
Turnos de trabajo:	20 días de trabajo por 10 de descanso
Cargo que desempeñará:	Operador de producción 1 e instrumentista
Sede de trabajo:	Campos Lewis Energy

El representante legal de Lewis Energy Colombia INC., al absolver interrogatorio de parte, indicó que las funciones que realizó el actor como operador de producción consistían en registrar datos de producción y hacer tareas que están descritas para el cargo, pero no las conoce en detalle, pues estas se encuentran contenidas en la Resolución 2616. Agregó que, a pesar de no ser un trabajador de campo, si tiene claro, que se realizan unas reuniones de inicio de turno, en el que se discute las labores a desplegar en el respectivo turno y al finalizar el mismo, vuelven a reunirse para entregar el turno a otra persona, agregando a su dicho que, el trabajador tomaba las decisiones que eran propias de su cargo. Al auscultársele respecto a las personas que podría tener a cargo el ex trabajador, fue claro en indicar, que, eran los operadores 2, y las personas que se encontraran debajo de la jerarquía del demandante, que podrían ser los obreros de patio. Pese a lo anterior, al ser trabajos ejecutados por turnos no hay personas específicas ni permanecen todo el día, puesto que los turnos se rotan.

Por su parte, el demandante indicó que, no tenía personal bajo su mando, no organizaba ni coordinaba las actividades de estos y tampoco contaba con funciones disciplinarias respecto a otros trabajadores. Indicó que él era el último en la lista y por eso no tenía personal a cargo. En sentir del demandante, este era solo un ayudante y, por ello, no contaba con formación como operador.

Ahora bien, Lindsay Auxilio Montoya, en calidad de testigo, indicó que el accionante se desempeñó como operador de producción, desconoce las funciones propias de la labor, pero por el perfil del cargo debía tener personal a cargo como el conductor del corredor de pozos y el obrero de patio.

Los medios de convicción anteriormente reseñados, permiten colegir que el alcance que pretendió darle el empleador a las funciones cumplidas por el demandante, como operador de producción e instrumentista, no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 162 del CST. En efecto, ninguno de los actos desplegados por el actor permiten identificar facultades de representación, subordinación, autonomía en la ejecución de la labor o aún la realización de capacitaciones a nombre de la pasiva, ni tampoco, un grado de responsabilidad jerárquica en la

cual se comprometiera económicamente a la empresa, resaltándose en este punto, que la sola posición de simple dirección laboral superior respecto de sus compañeros no da per se la propiedad perseguida por la pasiva, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radiado N° 24428 de 19 de julio de 2006, en los siguientes términos:

“Por lo tanto, nada de lo que allí dijo permite razonablemente concluir que sus funciones tuviesen la importancia en la organización de la empresa que le asigna la censura, pues el hecho de tener una posición jerárquica superior respecto de sus compañeras de labores no significa que tuviese una posición jerárquica especial ni que ejerciera funciones disciplinarias sobre el personal ordinario de trabajadores o que su rango fuera alto, características de los cargos de dirección según la sentencia que la propia entidad impugnante cita en su apoyo.”

Y es que, si bien el cargo de operador de producción 1 e instrumentalista desempeñado por el actor tiene relación directa con el área técnica de la compañía, ello no es suficiente para catalogarlo como trabajador de dirección, confianza y manejo, pues el grado de confianza que en él depositó la empresa accionada no es el característico de este tipo de empleados. De asumirse la posición de la empresa llamada a juicio, daría paso a desfigurar la catalogación impuesta por el legislador y que emana de una excepcionalidad, pero nunca de la generalidad en el cumplimiento de cualquier función, como al parecer lo entiende la pasiva.

Por lo anteriormente expuesto, concluye la Sala que el contenido del contrato de trabajo firmado el 7 de marzo de 2016, que pretende asignar al actor la calidad de trabajador de dirección, confianza y manejo, contraviene con las disposiciones del artículo 13 del CST, por lo que resulta ineficaz en las voces del artículo 43 del CST; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto.

TRABAJO SUPLEMENTARIO

Las partes en contienda, sientan su oposición en lo tocante al reconocimiento del trabajo suplementario.

En primer lugar, la parte actora reclama se reconozcan horas extras diurnas y nocturnas, para el interregno de tiempo en que se prestó el servicio, al encontrarse acreditada la prestación del servicio en un horario de 6 de la mañana

a 6 de la tarde y de 6 de la tarde a 6 de la mañana, de acuerdo a la declaración rendida por el representante legal de la demandada.

A su turno, la demandada a través de su apoderada judicial, sentó su oposición frente al reconocimiento de las labores desplegadas en horario superior al legal, pues en su sentir, no se tuvo en cuenta la hora destinada para tomar alimentos, conforme a lo preceptuado en el artículo 167 del Código Sustantivo del Trabajo.

Frente a esta pretensión la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: “(...) la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, y no es dable al Juzgador entrar en cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas”.¹ Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días se desarrollaron.

Ahora bien, la juez de conocimiento encontró acreditada la prestación del servicio de Jaime Alexander, en horarios de 6 de la mañana a 6 de la tarde, y viceversa, consecuencia de ello, fulminó condena por concepto de horas extras diurnas, causadas entre el 13 de abril y el 2 de mayo; del 13 al 31 de mayo; del 20 de julio al 11 de agosto; y del 23 de agosto al 10 de septiembre de 2016 impuso condena por concepto de horas extras nocturnas, por el tiempo laboral del 12 de junio al 5 de julio de 2016.

Es así como para desatar los recursos de alzada impetrados, esta Sala de Decisión, procedió a revisar el caudal probatorio recaudado, encontrando en el archivo 3 del expediente digital, el documento denominado, “Prueba 23-planillas del demandante”, en el que, se relacionaron los días laborados por el demandante, entre el mes de marzo y septiembre de 2016, identificándose los mismos con la letra “T” y los días de descanso, se resaltaron con la letra “D”, sin embargo, no se registra, la hora de ingreso y salida en los días laborados.

Por otro lado, tanto el demandante como el representante legal de la demandada a la hora de rendir interrogatorio de parte, señalaron que, el servicio prestado por el trabajador, fue de turnos de 6 de la mañana a 6 de la tarde y de 6 de la tarde a 6 de mañana, por el término de 20 días y 10 días de descanso, pero tampoco, señalaron los días en que se laboró en dichos interregnos de tiempo.

¹ Sentencias de marzo 2 /1949, febrero 16 de 1950, marzo 15 de 1952 y diciembre 18 de 1953.

Frente a esta modalidad de trabajo por turnos, el artículo 165 del CST preceptúa lo siguiente:

“ARTICULO 165. TRABAJO POR TURNOS. *Cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continuada y se lleve a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse en más de ocho (8) horas, o en más de cuarenta y ocho (48) semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un período que no exceda de tres (3) semanas, no pase de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta y ocho (48) a la semana. Esta ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras.”*

La norma en cita brinda al empleador la posibilidad de flexibilizar la jornada de trabajo, de modo que pueda implementar turnos que superen las 8 horas diarias o los 48 semanales, sin que eso constituya trabajo suplementario, siempre que, al computar el tiempo total laborado durante un periodo máximo de tres semanas, éste no rebase lo establecido en el artículo 161 del CST.

Bajo los anteriores derroteros, y al computar los tiempos laborados por el accionante, observa la Sala que se superaron las 144 horas laboradas en los ciclos de 3 semanas, superándose con creces las 48 horas semanales, sin embargo, a juicio de esta Sala, no se podía concluir que, el demandante había laborado horas extras diurnas desde el 13 de marzo al 11 de junio de 2016 y del 20 de julio al 21 de septiembre de 2016, pues, tal determinación, no resultó clara en el devenir procesal, ni con la prueba documental ni con los interrogatorios recaudados, pues, se reitera, siempre, se señaló el horario, pero no se podía colegir los días concretos en que se prestó el servicio en dichos turnos de trabajo, por ello, no se debió fulminar la condena impuesta, en este punto, pues al Juez le está prohibido hacer cálculos de probabilidades o suposiciones para arribar a este tipo de conclusiones¹.

Por lo dicho, es que, no puede salir victorioso este punto objeto de apelación, resaltándose que, la demandada, no atacó el reconocimiento de trabajo suplementario en este sentido y por tanto, no se puede revocar la condena impuesta.

Respecto al tiempo concedido al trabajador para tomar sus alimentos, y el cual, en sentir de la convocada a juicio, debe ser descontado de la liquidación efectuada

¹ Sentencias SL 3009-2017 y 27064 del 9 de agosto de 2006

por la juez de conocimiento, de acuerdo a las disposiciones contenidas, en el artículo 167 del Código Sustantivo del Trabajo.

Estima pertinente, esta Sala de Decisión, traer a colación lo dispuesto en la preceptiva legal, que, a la letra señala “(...) Las horas de trabajo durante cada jornada deben distribuirse al menos en dos secciones, con un intermedio de descanso que se adapte racionalmente a la naturaleza del trabajo y a las necesidades de los trabajadores. El tiempo de este descanso no se computa en la jornada”.

Es así como, de antaño la H. Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral², ha indicado, que, a los empleadores les corresponde establecer de manera clara, los horarios de ingreso y salida, así como, los descansos concedidos a favor de los trabajadores, y los mismos deben estar contenidos en el Reglamento Interno de Trabajo, Convención o Contrato de trabajo, ya que, dependiendo de la jornada laboral desarrollada por el trabajador, el empleador, debe distribuir en dos secciones la misma.

Siguiendo con este razonamiento, en el sub examine, se tiene que, el demandante, al ser indagado por el tiempo destinado para su alimentación informó que, en la mañana recogía su desayuno y este lo consumía una vez hubiese recibido el turno y el carro destinado para la estación le llevaba el almuerzo y se turnaba con el otro operario para almorzar, para la cena, lo llevaban al restaurante, comía y lo llevaban a su residencia. Denotándose de esta manera, que el demandante no disponía de un descanso, siquiera para consumir sus alimentos, pues, según su dicho, ellos se encontraban en una estación y no había que salir a ningún lado, desayunando y almorzando, “sobre la marcha”, y siempre presto a diligenciar las planillas y a tomar la presión en el sitio.

Es por ello, que, estima esta Colegiatura que, en el presente caso, no es viable descontar la hora del almuerzo, pues, el demandante, no disponía de un tiempo razonado para consumir sus alimentos, al no interrumpir sus labores y poder de esta manera atender actividades personales y ajenas al servicio contratado.

BONO DE CAMPO

² Sentencias del 11 de septiembre de 1997, Rad. No. 9947, reiterada en la sentencia 10659 del 13 de agosto de 1999 y 13975 del año 2000.

Solicita la parte demandante se declare el bono pensional es un factor salarial, al estar contenido en el contrato de trabajo y ser reconocido su pago, por Lewis Energy Colombia INC. Súplica que resulta nueva dentro del proceso, pues no fue objeto de reclamación en el libelo genitor, con el fin de que fuese tenido en cuenta dicho concepto como factor salarial y consecuentemente, tampoco se fijó el litigio en este ítem.

Al no haber sido objeto de pretensión, la demandada tampoco hizo oposición en su escrito de contestación ni formuló medio exceptivo alguno, en lo atinente a este ítem, por lo que desatlarla en esta instancia, conllevaría a la trasgresión del principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Sin que dicha falencia de la contestación de la demanda sea suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deben ser discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (art. 50 del CPT y SS). Por eso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 10 de marzo de 1998, señaló sobre el particular:

“El derecho de defensa y el debido proceso exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada ab initio en el juicio. Es por eso que el demandante, al elaborar su demanda laboral, debe ser cuidadoso no sólo al formular sus pretensiones, sino de manera muy especial al presentar los hechos que constituyen la causa petendi. Si bien las falencias en cuanto a las primeras pueden ser reparadas en los juicios del trabajo por el juzgador de primer grado, a condición de que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido planteados y discutidos en juicio, no puede ese mismo funcionario, ni ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste fincó su acción.”

Colorario de lo precedente, se desestiman los planteamientos del recurso frente al bono de campo.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA - BUENA FE

Aduce la demandada en su apelación que su actuar estuvo revestido de buena fe, toda vez que canceló al actor lo que creyó deberle y nunca buscó sustraerse de sus obligaciones, máxime, que una vez presentada la solicitud de reliquidación de acreencias laborales, la empresa procedió a revisar su carpeta y al avizorar un

error en los pagos, pagó lo que creyó deber y, por ello, se debe absolver del pago de la indemnización moratoria. Mientras que el demandante solicita que se modifique el valor, para que no solo se impongan los intereses moratorios como lo hizo el juzgador de primera instancia, sino, igualmente, un día de salario por cada día de retardo por los primeros veinticuatro meses.

El artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la L. 789 de 2002, dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses. Transcurridos veinticuatro (24) meses, contados desde la fecha de terminación del contrato, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando se verifique el pago.

La jurisprudencia laboral ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016). En este asunto no existe un solo indicador de buena fe, pues, quedó suficientemente acreditado que la accionada a la terminación del contrato no satisfizo el pago de los salarios y prestaciones sociales con el salario realmente devengado, a ello, debe agregarse, que celebró un contrato de trabajo a término indefinido, en la modalidad de confianza y manejo, con el fin de encubrir la verdadera relación laboral que ató a las partes, sin que se acreditara excusa alguna, en ninguno de los dos tópicos.

Dados los anteriores derroteros, y teniendo en cuenta que en el sub examine el vínculo laboral finalizó el 21 de septiembre de 2016 y la demanda se radicó el 3 de diciembre de 2019 (acta de reparto fl. 43 del archivo 001), esto es, después de transcurridos 24 meses de la terminación del contrato de trabajo; y considerando que el salario devengado por el actor era superior al mínimo legal mensual vigente (para el año 2016 era de \$689.455), se concluye, que se deberá confirmar la condena impuesta a la demandada, en el sentido que, cuando no se haya entablado la demanda ante los estrados judiciales, dentro de los 24 meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá

derecho a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, acorde con la interpretación vigente de la Sala Laboral de la CSJ.

*Sin embargo, de dicha postura me aparto, como lo manifesté en la sesión en la que se debatió el proyecto de sentencia que presenté como ponente, puesto que la intelección del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no es la que le da la mayoría. Pues bien, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que, si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaura antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, **y si se promueve la demanda después de ese plazo procederán los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas a partir del mes 25 y por los 24 meses anteriores el salario diario aludido**, lo cual surge de manera nítida de la redacción de la norma sin que haya lugar a disquisiciones que la hagan decir otra cosa. Para mayor claridad del alcance del artículo examinado es prudente acudir a lo explicitado por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, que se ocupó de su constitucionalidad, en la que precisó:*

*“No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual sí resultaría desproporcionado, **pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios “a la tasa máxima” para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de***

la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.” (Resaltado propio).

En ese orden, como la parte actora interpuso la acción después de los 24 meses siguientes a la desvinculación y su salario era superior al mínimo legal, tenía derecho a la aludida indemnización por esos primeros 24 meses y, a partir del mes 25, los intereses moratorios. Pero, como se advirtió, por mayoría se mantendrá la decisión de primer grado en ese punto, que solo condenó a los moratorios a partir de la terminación del contrato.

Como hasta aquí se circunscribieron los motivos de apelación de las partes, la competencia de la Sala finaliza.

Costas.

Sin costas en esta instancia, dado el resultado de los recursos.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Sin costas.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

Salvo voto parcial por el tema de la moratoria (quedó planteado en la decisión)



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE