



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 30-2018-00161-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: MARIA CECILIA ARDILA HERNANDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCION SA
ASUNTO : APÉLACION PROTECCION SA// CONSULTA
COLPENSIONES

SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la demandada (Protección SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 168 y 173), así como Colpensiones (folio 194 a 200) y Protección SA (fls. 203 a 205) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARIA CECILIA ARDILA HERNANDEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCION SA, debidamente sustentada como aparece a folios 33 y 34 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- La nulidad de la afiliación efectuada a Colmena hoy Protección SA el 31 de enero de 2000, y que significó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.
- Que el traslado obedeció a engaño, error y asalto de la buena fe en contra de la demandante.
- Que la afiliación de la demandante al régimen de prima media, en virtud de la nulidad del traslado, permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales.
- Que Protección SA traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado de régimen, así como los demás dineros aportados por la actora durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Que la demandante, una vez declarada la nulidad del traslado, por cumplimiento de los requisitos legales tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.
- Los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Condenatorias:

- A Colpensiones a inscribir, sin solución de continuidad, la afiliación de la demandante, en el régimen de prima media con prestación definida.
- A Protección SA a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas cotizadas y trasladadas al momento del traslado de régimen, así como los demás dineros aportados por la actora durante todo el tiempo en que ha estado afiliada en el régimen de ahorro individual.
- A Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, desde el cumplimiento de los requisitos legales.
- A Colpensiones al pago del retroactivo pensional causado desde el cumplimiento de los requisitos legales y la fecha de inclusión en nómina de pensionados.
- Intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- A la indexación de toda aquellas sumas de dinero que no sean susceptibles de intereses moratorios para evitar la pérdida del poder adquisitivo.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 64 a 74) y PROTECCIÓN SA (fls. 83 a 114), de acuerdo al auto visible a folio 115. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 30° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 04 de febrero de 2020, **Declaró** nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante Sra. María Cecilia Ardila Hernández del RPM administrado por el extinto ISS a Colmena SA hoy Protección SA contrato, elaborado el 31 de enero del 2000 con efectividad a partir del 1 de marzo del 2000. **Declaró** válidamente vinculada a la demandante Sra. María Cecilia Ardila Hernández al régimen de prima media administrada hoy por la administradora colombiana de pensiones

Colpensiones. **Condenó** a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Protección SA a devolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la Sra. María Cecilia Ardila Hernández junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración estos deber ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados conforme a lo expuesto. **Ordenó** a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante la Sra. María Cecilia Ardila Hernández actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM. **Declaró no probadas** las excepciones planteadas por la accionada. **Costas** a cargo de la administradora del fondo de pensiones y cesantías Protección, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.370.800. Sin condena en costas ni a favor ni en contra a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

RECURSO DE APELACIÓN

Protección SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que los gastos de administración están regulados en el artículo 1746 del C.C. y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, adicional a ello, dicha normatividad establece que serán las partes contratantes responsables de la pérdida o deterioro de los intereses y frutos, en ese sentido al ordenar la devolución de los gastos de administración se estaría extralimitando la condena impuesta por el Juez de instancia. Por otro lado, manifiesta su inconformidad respecto de la imposición de la condena en costas.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena SA efectuado por el (la) señor (a) **MARIA CECILIA ARDILA HERNANDEZ** el día 31 de enero de 2000; **2-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP Colmena SA, el 31 de enero de 2000, con efectividad a partir del 1 de marzo de 2000, posteriormente el 1 de abril de 2000 dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP ING y por la misma razón quedó afiliada a Protección SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fls. 111).

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

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

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

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

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

que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 64 a 74) y PROTECCIÓN SA (fls. 83 a 114). Colpensiones: aportó el expediente administrativo de la demandante. Protección SA: aportó historia laboral, historia de vinculaciones del SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de enero de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Paul Alejandro Díaz (fl. 14), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 795,43 semanas cotizadas (fl. 102) y 34 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1960), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2017 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 102), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

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

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

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

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

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus

rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP Colmena SA el 31 de enero de 2000, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente el apoderado de la parte demandada (PROTECCION SA) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

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

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

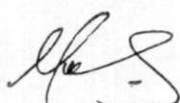
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de febrero de 2020 por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503020180016101)



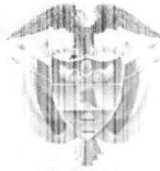
OTERO
LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310503020180016101)
SALVO VOTO.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503020180016101)

Adm. devoto.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 04-2018-00049-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **JULIO CESAR AMADO QUIROGA**
DEMANDADO: **PACOMIO MATEUS MATEUS**
REINELDA CASTAÑEDA MORALES, como persona natural y
propietaria del establecimiento de comercio DISTRICARNES
MATIUS
ASUNTO : **CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de julio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Corrido el traslado correspondiente, los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JULIO CESAR AMADO QUIROGA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **PACOMIO MATEUS MATEUS** y **REINELDA CASTAÑEDA MORALES, como persona natural y propietaria del establecimiento de comercio DISTRICARNES MATIUS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5 a 7):

- 1) Declarar la existencia de la relación laboral entre las partes y como consecuencia al pago de:
- 2) Auxilio de cesantías correspondiente al periodo laborado del 16 de junio de 2015 al 27 de diciembre de 2017.
- 3) Intereses a las cesantías correspondiente al periodo laborado del 16 de junio de 2015 al 27 de diciembre de 2017.
- 4) Prima de servicios correspondiente al periodo laborado del 16 de junio de 2015 al 27 de diciembre de 2017.
- 5) Vacaciones correspondiente al periodo laborado del 16 de junio de 2015 al 27 de diciembre de 2017.
- 6) Salarios correspondientes al periodo laborado del 1 de agosto de 2017 al 27 de diciembre de 2017.
- 7) Al pago del trabajo dominical y festivo de los días;
 - 1, 8, 15, 22 y 29 de enero de 2017.
 - 5, 12, 19 y 26 de febrero de 2017.
 - 5, 12, 19, 20 y 26 de marzo de 2017.
 - 2, 9, 13, 14, 16, 23 y 30 de abril de 2017.
 - 7, 14, 21, 28 y 29 de mayo de 2017.
 - 4, 11, 18, 19, 25 y 26 de junio de 2017.
 - 2, 3, 9, 16, 20, 23 y 30 de julio de 2017.
 - 4, 7, 13, 20, 21 y 27 de julio de 2017.
 - 6, 7, 13, 20, 21 y 27 de agosto de 2017.
 - 3, 10, 17 y 24 de septiembre de 2017.
 - 1, 8, 15, 16, 22 y 29 de octubre de 2017.
 - 5, 6, 12, 1, 19 y 26 de noviembre de 2017.
 - 3, 8, 10, 17, 24 y 25 de diciembre de 2017.
- 8) Devolución de dineros descontados al trabajador por concepto de aportes a la seguridad social a cargo del empleador.
- 9) Indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales.
- 10) Indemnización por despido injustificado, estando el trabajador enfermo a causa del accidente de trabajo.
- 11) Indemnización por estabilidad laboral reforzada, sin haber solicitado permiso al Ministerio de Trabajo para efectuarlo, correspondiente a 180 días.
- 12) A solicitar el cálculo actuarial en el fondo de pensiones que el actor elija y efectúen los pagos por conceptos de pensión dejados de realizar.
- 13) Al pago de los gastos de atención médica, medicamentos, indemnizaciones y prestaciones económicas que se deriven del accidente de trabajo no reportado.

14) Costas procesales.

PACOMIO MATEUS MATEUS contestó la demanda (fls. 36 a 45 y 52), así como **REINELDA CASTAÑEDA MORALES**, como persona natural y propietaria del establecimiento de comercio **DISTRICARNES MATIUS** (fls. 53 a 61) de acuerdo al auto visible a folio 65. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

El **JUZGADO 04° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de julio de 2019. **ABSOLVIÓ** a los demandados **PACOMIO MATEUS MATEUS** y a **REINELDA CASTAÑEDA MORALES**, como persona natural y como propietaria del establecimiento de comercio "DISTRICARNES MATIUS" de todas las pretensiones incoadas en su contra por el sr Julio Cesar Amado Quiroga. Dadas las resultas del proceso, el juzgado se relevó del estudio de las **EXCEPCIONES** previas presentadas por los demandados. Sin **COSTAS** en esta instancia.

CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demanda, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si entre el señor **JULIO CESAR AMADO QUIROGA** y los señores **PACOMIO MATEUS MATEUS** y a **REINELDA CASTAÑEDA MORALES**, como persona natural y como propietaria del establecimiento de comercio "DISTRICARNES MATIUS", existió una relación laboral con vigencia desde el 16 de junio de 2015 al 27 de diciembre de 2017. **2.** En caso afirmativo, sí proceden las condenas relacionadas en el libelo introductorio.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como

lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal” o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga

probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, encontramos que el demandante alega que prestó sus servicios para la demandada en una única relación laboral desde el 16 de junio de 2015 al 27 de diciembre de 2017, en el cargo de 'cortador'.

El demandado por su parte, niega la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, indicando que el actor fungió como trabajador asociado de la Cooperativa de Trabajo Asociado – Consorcio Empresarial Colombiano COEMCOL CTA asignado a la empresa DISTRICARNES MATIUS S BOLIVAR para el cargo "Operario/Domiciliario" a partir del 1 de julio de 2015, de acuerdo al convenio de trabajo asociado suscrito por el demandante con ésta Cooperativa de Trabajo.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, el demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: incapacidad médica por accidente de tránsito generado el 22 de marzo de 2017 (fl. 14), historia clínica del actor (fls. 15 a 21).

Por otro lado, absolvieron interrogatorio de parte Los señores **Reinelda Castañeda Morales** y **Pacomio Mateus**, quienes indicaron que distinguen al demandante por ser trabajador del establecimiento "DISTRICARNES MATIUS" desde el 1 de julio de 2015 hasta diciembre de 2017 y fue enviado por la Cooperativa de Trabajo Asociado COEMCOL CTA para ser cortador. Que el Sr. Didier Quiroga era el encargado del negocio y era quien le daba las órdenes al actor de como desarrollar sus labores.

Que la Cooperativa COEMCOL CTA le canceló la totalidad de prestaciones sociales.

Así mismo, se recibió el testimonio de los señores **GUSTAVO ORTEGA ORTEGA** y **DIDIER QUIROGA TAVERA**, quienes coincidieron en indicar que conocieron al demandante, porque tanto el deponente como el actor estaban vinculados como asociados a la Cooperativa de Trabajo Asociado – Consorcio Empresarial Colombiano COEMCOL CTA y en virtud de ése vínculo, la Cooperativa nos mandó a trabajar al establecimiento “DISTRICARNES MATIUS” como cortadores. Que el demandante trabajó hasta diciembre de 2017 quien pasó la carta de renuncia y por parte de la Cooperativa se le pagó la totalidad de prestaciones que tenía derecho. Que el Sr. Quiroga Tavera por ser el administrador del establecimiento era quien le daba las órdenes directamente al demandante, como cortar la carne. Que con ocasión al accidente que tuvo el demandante en enero de 2017, fue atendido por la ARL pues estaba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral por la Cooperativa, que la misma Cooperativa fue la que reportó el accidente. Mientras tanto, el Sr. Gustavo Ortega manifestó ser el representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado COEMCOL e indicó que el demandante suscribió un contrato de cooperación con ésta, documento que fue incorporado al plenario. Así mismo manifestó que el demandante fue mandado a trabajar a la empresa “DISTRICARNES MATIUS” como cortador, que durante el tiempo que estuvo vinculado, la Cooperativa le canceló al actor la totalidad de prestaciones sociales, seguridad social, y demás, conforme liquidación de derechos económicos y devolución de aportes que también fue incorporado al expediente. Se le hace un descuento por los aportes como asociado, pero dichos aportes se le devuelven al momento de desvincularse de la Cooperativa.

Así pues, a folios 78 a 79 reposa compromiso de trabajo asociado suscrito entre el demandante y la Cooperativa de Trabajo Asociado – Consorcio Empresarial Colombiano COEMCOL CTA el 1 de julio de 2015 para desempeñar el cargo de operario y domiciliario en el lugar y horario determinado por la Cooperativa, así mismo, liquidaciones de derechos económicos y devoluciones de aportes de los años 2015, 2016 y 2017 (fl. 80 a 83), carta de renuncia presentada por el demandante a la Cooperativa de Trabajo Asociado al puesto de trabajo asignado por ésta en la empresa beneficiaria del trabajo asociado (DISTRICARNES MATIUS) a partir del 25 de diciembre de 2017, igualmente informó que renunciaba a su condición de trabajador asociado a partir de la misma fecha (fl. 85) y solicitud de ingreso a la Cooperativa del 30 de junio de 2015 (fl. 86).

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar en primer lugar que no es motivo de discusión que el demandante prestó sus servicios a los demandados, pues tal hecho fue admitido por los mismos demandados en su interrogatorio de parte, sin embargo ha de resaltar que dicha prestación personal de servicios se prestó a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado COEMCOL como trabajador asociado, lo que quiere decir que los demandados no fungieron como empleadores directos del actor, pues tal y como quedó establecido, la vinculación se dio mediante un contrato de cooperativismo como se pudo observar de las documentales aportadas por el testigo Gustavo Ortega visibles a folios 78 y 79, quien canceló la liquidación de los derechos surgidos al actor, resaltando igualmente que, resulta contradictorio el hecho 15 de la demanda el cual indica que fue despedido por el empleador de manera unilateral y sin justa causa, aun siendo conocedor del estado de salud del demandante (fl. 4), cuando con la prueba documental obrante a folio 85 del plenario resulta ser totalmente contrario a dicha afirmación, pues se observa carta de renuncia presentada por el demandante a la Cooperativa de Trabajo COEMCOL CTA la cual obedeció, según allí informan, por motivos personales.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en los términos planteados de la demanda, la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre el 16 de junio de 2015 al 27 de diciembre de 2017, por el contrario, la prueba testimonial y documental que obra dentro del plenario da cuenta que el vínculo por éste periodo se dio con ocasión o como trabajador asociado de la Cooperativa de Trabajo Asociado – Consorcio Empresarial Colombiano - CEMCOL CTA, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

En suma, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia consultada.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.


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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

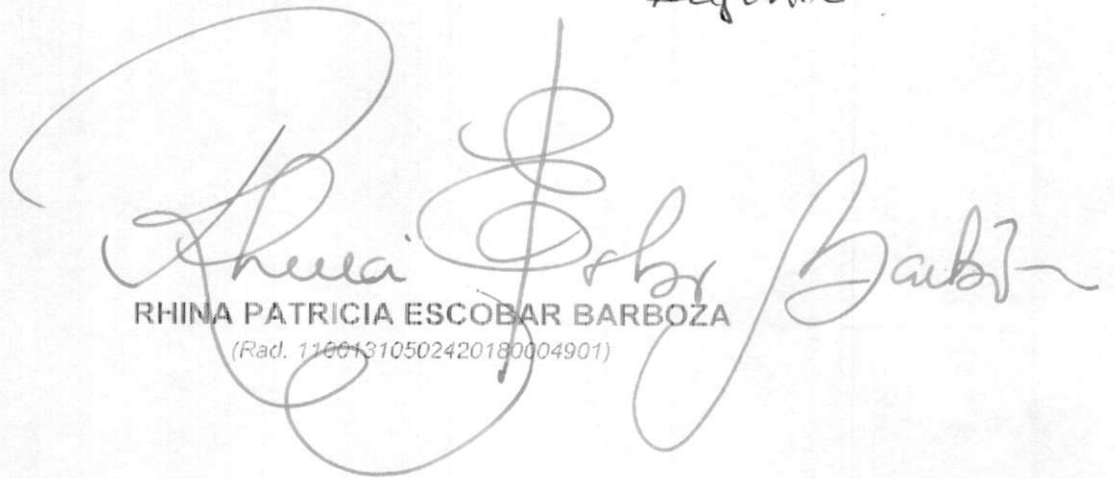
(Rad. 11001310500420180004901)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310500420180004901)

*Se dio voto
A punto*



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310502420180004901)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá Septiembre 10 de 2020

Proceso

JULIO CESAR AMADO QUIROGA VS PACOMIO MATEUS
MATEUS Y OTRA

Respetuosamente salvo voto, por las razones que expongo a continuación:

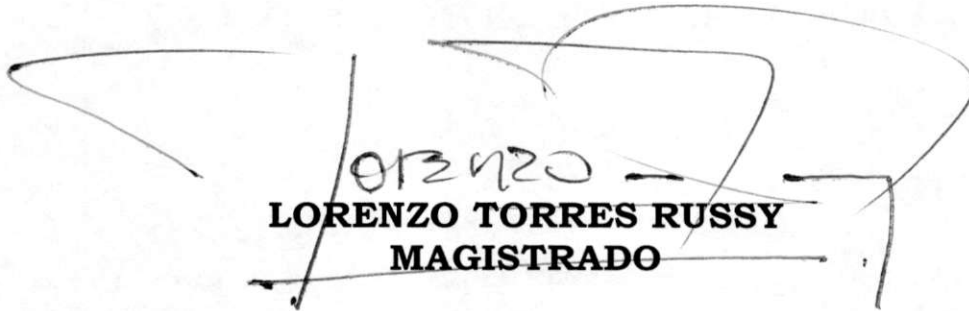
Se constituye en objeto ilícito, por parte de las cooperativas de trabajo asociado, suministrar trabajadores en misión para desfigurar el contrato de trabajo y la condición de verdadero empleador de quien se beneficia de los servicios personales.

En el presente asunto considero que hay plena prueba por confesión de los demandados y las declaraciones de los testigos, de que el demandante prestó sus servicios personales en establecimientos de comercio de propiedad de los accionados, de los extremos de la relación laboral y del salario devengado por el trabajador, así como de los descuentos realizados al mismo de manera indebida.

En consecuencia debió declararse la existencia del contrato de trabajo con los demandados y las consecuentes

condenas derivadas de la misma, y si adicionalmente se hubiera demandado a la cooperativa que desdibujó su objeto legal, ésta última sería solidaria con las condenas por ocultar su condición de intermediación.

Así lo ha dejado sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral entre otras en las sentencias con radicaciones: SL119-2018, SL13638-2017, SL12707-2017, SL8564-2016, SL16278-2014, SL665-2013.



013120
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 33-2017-00730-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: GLENDA MILENA D LAMARCK SARMIENTO

DEMANDADO: HENRY EDUARDO PIÑA MESA

ASUNTO : APELACIÓN (DEMANDADO)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Corrido el traslado correspondiente, los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **GLENDA MILENA D LAMARCK SARMIENO**, instauró demanda ordinaria laboral en contra del señor **HENRY EDUARDO PEÑA MESA**, con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos: (2-8 y 21-22):

- 1) Que se condene al demandante al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 2015 al 1 de febrero 2016.

- 2) Al pago de los salarios de los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016.
- 3) Al pago de la indemnización por despido indirecto del contrato a término fijo por 6 meses.
- 4) Al pago de los aportes a Seguridad Social en salud, pensión y riesgos profesionales por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 2015 al 1 de febrero de 2016.
- 5) Al pago de la indemnización moratoria.
- 6) Al pago de la indemnización por el calzado y vestido de labor dejado de entregar durante el periodo reclamado.
- 7) Al pago de la sanción por el despido en estado de embarazo sin autorización previa del Ministerio del Trabajo.
- 8) A lo que resulte probado ultra y extra petita.
- 9) A las costas del proceso.

Mediante auto del 23 de octubre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda respecto del señor **HENRY EDUARDO PIÑA MESA**. (fls. 34).

El **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de agosto de 2019 **DECLARÓ** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de septiembre de 2015 al 1 de febrero de 2016, que se dio por terminado por mutuo acuerdo entre las partes. **CONDENÓ** al demandado a pagar a la demandante la sumas adeudadas entre el 1 de diciembre al 1 de febrero de 2016, por valor de \$1.446.667 por concepto de salarios adeudados, \$297.500 por cesantías, \$15.163 por intereses a las cesantías, \$297.500 por prima de servicios y \$148.750 por concepto de vacaciones, así como a pagar la suma de \$16.800.000 por la indemnización moratoria causada entre el 2 de febrero de 2016 al 1 de febrero de 2018 y a partir del 2 de febrero de la misma anualidad al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando se verificara el pago. **CONDENÓ** al demandante al pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2015 al 1 de febrero de 2016, que no hubieran sido cancelados, tomando como salario base la suma de \$700.000. **ABSOLVIÓ** al demandado de las restantes pretensiones incoadas en su contra. **CONDENÓ** al demandado al pago de las costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

- 1. EXTREMO FINAL DEL VINCULO LABORAL Y JUSTAS CAUSAS DEL DESPIDO:** Para el recurrente, no se había respetado el debido proceso del demandante, en cuento a que no se controvertió de forma adecuada las pruebas allegadas, como se evidenciaba a folio 43 en el que se relacionaban las causales por los que se había despedido a la demandante, como lo era el no actuar conforme a lo estipulado en el contrato de trabajo en su cláusula novena, ni se tuvo en cuenta los llamados de atención y memorandos presentados, que evidenciaban las justas causas del despido.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

No fue objeto de inconformidad en la alzada, la declaratoria de la existencia del vínculo laboral entre las partes, mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término fijo de 6 meses, para desempeñarse la demandante en el cargo de Asistente Administrativa en el establecimiento de comercio denominado M Y R DISTRIBUCIONES DE COLOMBIA, de propiedad del demandado, devengando la suma de \$700.000; así como el extremo inicial del vínculo establecido por el A-Quo, esto es el 1 de septiembre de 2015, lo que se corrobora con el contrato de trabajo visible a folios 58 a 60.

Para la Sala la controversia a que se contrae en determinar: 1. El extremo final del vínculo laboral, si como lo aduce el demandado el contrato culminó el 30 de octubre de 2015 por justas causas o si como se afirma en la demanda, éste finalizó el 1 de febrero de 2016, dando lugar al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones reclamadas.

EXTREMO FINAL DEL VÍNCULO LABORAL

Para la demandante, el contrato de trabajo finalizó el 1 de febrero de 2016 de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador a pesar de formarle que se encontraba en estado de embarazo. Situación a la que se opone el demandado, afirmando que el vínculo laboral feneció el 30 de octubre de 2015, como se acreditaba con la comunicación visible a folio 53, al no superar el periodo de prueba de dos meses establecido en el contrato de trabajo, alegando como justas causas el incumplimiento de las obligaciones previstas en su cláusula novena, como se evidenciaba en los memorandos y llamados de atención aportados.

Revisada la documental allega al proceso, especialmente la aportada por el demandado al momento de absolver interrogatorio de parte, advierte la Sala que le asiste razón al juez de instancia al señalar, que la prestación del servicio de la señora GLENDA MILENA D LAMARCK SARMIENTO, se dio para el demandado con posterioridad a dicha data y hasta el 1 de febrero de 2016, cuando se dio por terminado de mutuo acuerdo el contrato de trabajo.

Pues si bien, afirma el apoderado judicial del demandante, que no se tuvo en cuenta la documental referida a la terminación del contrato por justas causas el 30 de octubre de 2015, como la comunicación del 23 de octubre de 2015 dirigida a la demandada, en la que le solicita informar las razones de su inasistencia a laboral varios días del mes de octubre del mismo año y la respuesta dada en la data por la demandante en la que aduce la consulta a servicios médicos e incapacidades otorgadas como razón para no presentarse en la dependencia; los memoriales GG-010 del 26 de octubre y GG-013 del 30 de octubre de 2015, en los que se relacionan múltiples incumplimientos a las funciones de su cargo y se le llama a descargos, por el inadecuado manejo de información financiera de la empresa, el uso de correos electrónicos e implementos de trabajo para actividades personales durante la mayor parte de la jornada de trabajo, así como inconsistencia en las funciones al no realizar los inventarios de almacén, desactualización de la información de ventas, falta de manejo de programas para la elaboración de informes y desordenes en el archivo; y la comunicación del 30 de octubre de 2015, en la que se le informa a la actora la decisión de prescindir de sus servicios en el cargo de Asistente

Administrativa, al no haber superado el periodo de prueba pactado en el contrato. (fls.65, 76-88)

Lo cierto es dicha documental no se acredita la efectiva finalización del vínculo en tal data, lo que se advierte de la simple lectura de la carta de terminación del contrato, que expresamente señala que "en atención a su estado, se encontraban tramitando el respectivo permiso para la terminación ante el Ministerio de la Protección Social, para darle a conocer hasta que día laboraría en la compañía", condicionando por ende su retiro a la autorización previa de la autoridad administrativa dado su estado de embarazo, conclusión que se refuerza con la radicación de dicha solicitud el 6 de noviembre de 2015 ante la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, así como el pago de salarios en el mes de noviembre del mismo año, conforme el comprobante de nómina allegado; la citación a la demandante a diligencia de versión libre dentro del trámite de autorización del despido, la cual fue rendida el 2 de febrero de 2016 y el documento suscrito entre las partes el 3 de febrero de 2016, en el que manifestaron su voluntad de dar por terminado el contrato de trabajo iniciado el 1 de septiembre de 2015 a partir del 1 de febrero de 2016, documental que fue remitida al Ministerio de Trabajo el 16 de febrero de la misma anualidad. (fl. 9-10, 40, 55-57, 62, 71-73)

La suscripción de dicho acuerdo de terminación del contrato de trabajo, fue reconocido además por las partes en su respectivo interrogatorio, así como la existencia de algunas sumas insolutas, que si bien afirma el demandado le fueron canceladas posteriormente a la trabajadora, no se aportó prueba alguna que permitiera soportar su dicho, siendo reconocido únicamente por la demandante el pago de \$100.000, razón por la cual resulta evidente que el vínculo laboral se mantuvo vigente hasta el 1 de febrero de 2016, sin que se acreditara el pago de salarios y prestaciones entre el 1 de diciembre de 2015 al 1 de febrero de 2016, dando lugar a su condena en los términos y montos determinados por el A-quo, que no fueron objeto expreso de la alzada.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia, conforme los fundamentos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

COSTAS. Sin costas en la alzada

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: SIN COSTAS Sin costas en la alzada.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 110013105033203320170070301)



LORENZO TORRES RUSSY

((Rad.11001310503320170073001))



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503320170073001)