



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LUZ MYRIAM ALFÉREZ
GODOY CONTRA BANCO PICHINCHA S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la convocada a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 10 de marzo de 2021, proferido por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



La actora demandó para que se declare que en su desvinculación se configuró un despido indirecto, por ende, es nula su renuncia voluntaria y; que existió culpa patronal en los episodios cardiacos que sufrió, en consecuencia, se le reconozca indemnización por despido sin justa causa, perjuicios morales objetivos y subjetivos, daño a la salud, indexación, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para la accionada desde 16 de marzo de 1987, inicialmente vinculada con la Inversora S.A., compañía que se fusionó con Finevesa S.A., teniendo como razón social Inversora Pichincha S.A., posteriormente vendida a AIG Financial Consumer, luego, el Banco Pichincha de Ecuador adquirió a Inversora Pichincha S.A., para finalmente convertirse en Banco Pichincha S.A., situaciones en las que se mantuvo sin modificación su contratación laboral; no recibió llamados de atención, ni fue sujeto de investigaciones o glosas por conductas inapropiadas o ilegales o, responder por manipulación de información; en mayo de 2017 hubo cambio de dirección en el Banco iniciando el deterioro del ambiente laboral como despidos de personal antiguo y empleados de nivel medio; el 05 de septiembre siguiente, envió a Luis Javier Zapata, Director Administrativo, con copia a la Vicepresidente Jurídica y a la Gerente de Servicios Administrativos, el manual de daciones indicándole que de éste hacían parte los comités de recepción de bienes en pago y de ventas de bienes recibidos en dación en pago de derechos litigiosos, además, solicitó instrucciones sobre las modificaciones a ese documento; el 02 de marzo de 2018, fue citada a entrevista por la Dirección de Cumplimiento de la entidad financiera demandada, por el

¹ Fólios 121 a 123.



supuesto irrespeto a Zapata Montoya, entrevista en que manifestó que durante los treinta años de labores nunca había sido irrespetuosa con sus compañeros o superiores, sintiéndose maltratada, porque, en ese momento el Banco presumió falsedad, incumplimiento y, ocultación de información; el 10 de mayo siguiente, nuevamente fue citada a entrevista por información de su cuenta bancaria obtenida sin autorización, relativa a \$9'000.000.00 originarios de la Cooperativa Financiera COTRAFA, cliente del Banco, que explicó correspondían a la venta del vehículo de placas DFR 303, aportando el respectivo contrato, traspaso del vehículo y tarjeta de propiedad; el 15 de mayo de la anualidad en cita, remitió correo electrónico a Catalina Caballero Gómez *“con el fin de establecer el precedente del acoso laboral del cual estaba siendo víctima”*. El 10 de agosto de 2018 fue citada a descargos por hallazgos de la auditoria interna, aperturándose proceso disciplinario en su contra, hechos ampliados el 12 de diciembre siguiente, entre estos, se le indicó que no realizaba informes, bases de datos y evaluaciones; la convocada a juicio le cambió cargo y funciones por el riesgo operativo que suponía su continuidad como Analista de Daciones. Debido a las situaciones de acoso laboral empezó a presentar episodios críticos de salud como taquicardias, estrés y depresión, siendo presionada a abandonar el cargo, lo que hizo con carta de renuncia motivada el 24 de octubre de 2018².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

² Folios 116 a 121.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Banco Pichincha S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de vinculación inicial de la actora, los cambios a la actual razón social y de dirección de la entidad bancaria, la citación a entrevista el 10 de mayo de 2018, la remisión de correos electrónicos a Luis Javier Zapata y, a Catalina Caballero Gómez, la ampliación de hechos del proceso disciplinario, el cambio de cargo y funciones de Alférez Godoy, la presentación de renuncia motivada por la demandante y, su último cargo. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, compensación y, prescripción³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que la renuncia presentada el 24 de octubre de 2018 por Luz Myriam Alférez Godoy al Banco Pichincha S.A. lo fue por causa imputable al empleador, configurándose un despido indirecto, en consecuencia, ordenó el pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, debidamente indexada y, costas; absolvió a la enjuiciada de las demás pretensiones⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

³ CD Folio 501, Documento: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

⁴ CD y Acta de Audiencia, Folios 802 a 803.



Inconforme con la decisión anterior, la convocada a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que erradamente el *a quo* impuso condena por considerar que existió un despido indirecto, sin que se encontraran probadas las causas objetivas que generaron el cambio de cargo de la demandante, no se apreciaron las pruebas aportadas con la contestación del *libelo incoatorio*, puntualmente, las actas de reunión del comité de convivencia laboral en relación con la actora que resultó en ejercicio del *ius variandi*, cambiar de cargo a la trabajadora, sin afectar sus derechos fundamentales o desmejorar sus condiciones laborales, como el salario y horario, facultad que se ejerció ante las quejas de acoso laboral presentadas por ella, para promover un ambiente sano y digno, cambiando únicamente sus funciones y área, por ende, se acreditó que su renuncia fue autónoma y voluntaria, sin ocasionar un despido indirecto, máxime si se tiene en cuenta que la sociedad activó todos los procedimientos para superar las denunciadas conductas de acoso laboral, que en todo caso el comité de convivencia laboral determinó que no existieron, luego de desplegar los procedimientos disciplinarios y, citaciones a descargos, en consecuencia, se le debe absolver de la condena de indemnización por terminación del contrato de trabajo⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que de 16 de marzo de 1987 a 28 de noviembre de 2018, Luz Myriam Alférez Godoy laboró para

⁵ CD Folio 802.



Promotora de Inversiones PROINVERSORA S.A. hoy Banco Pichincha S.A., mediante contrato de trabajo de duración indefinida, siendo su último cargo Analista de Bienes en Dación, con un salario básico final de \$2'705.400.00, vínculo que la trabajadora terminó alegando causas imputables al empleador; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo, sus *otrosíes*, cláusulas adicionales y complementarias⁶, la carta de renuncia de 24 de octubre de 2018 y su respuesta⁷, el reporte de liquidación definitiva de prestaciones sociales y, sus planillas de pago⁸, las certificaciones laborales⁹, así como de la contestación al *libelo incoatorio*¹⁰.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

En punto al tema del despido indirecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que obedece a una conducta consciente del trabajador con el objetivo de terminar el contrato de laboral por justa causa imputable al empleador. Así, el prestador de

⁶ Folios 2, 217 a 218, 329, 335 a 341, 343 a 346 y 695 a 696, CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.7.

⁷ Folios 48, 54 a 55, 263 a 265, 325, 330 a 331, 332 y 505 a 506; CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.14. a 6.2.15.

⁸ Folios 266, 320 y 326 a 327, CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.16. a 6.2.17.

⁹ Folio 619 a 621 y 709 y, CD Folio 501, Archivo PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DEMANDANTE, Documento ANEXO 6.3.9.

¹⁰ CD Folio 501, Documento: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 029 2019 00190 01
Ord. Luz Alférez Vs. Banco Pichincha S.A.

servicios subordinados finaliza el nexo contractual, para lo cual **debe informar en la comunicación respectiva, los hechos o causales en que incurrió el patrono y que configuran justas causas legales para el rompimiento del vínculo¹¹.**

Bajo este entendimiento, para que el despido indirecto produzca efectos legales es necesario comunicar al empleador de manera clara y precisa los motivos de terminación, entonces, corresponde al trabajador demostrar que informó a su empleador las causas de terminación, la existencia de los motivos alegados y, que éstos constituyen justa razón de desvinculación¹².

En ese sentido, la Sala se remite a lo expuesto el 24 de octubre de 2018 por Luz Myriam Alférez Godoy en su carta de renuncia¹³.

¹¹ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL1352 de 20 de abril de 2020.

¹² CSJ, Sala Laboral, sentencias SL1628 de 16 de mayo de 2018, SL3901 de 12 de septiembre de ese año, SL4691 10 de octubre de 2018 y, SL1682 de 18 de mayo de 2019.

¹³ Folios 48, 263, 325 y 332.

“...Señores
BANCO PICHINCHA S.A.
Catalina Caballero
Gerente Recursos Humanos
Ciudad

Respetados señores.

REF. Renuncia por Acoso Laboral

Por medio del presente me permito presentar renuncia al cargo de Analista de Daciones, el cual he venido (sic) desempeñando desde el año (sic) 2.012 hasta la fecha por el acoso laboral el cual he venido siendo víctima desde el ingreso al Banco del Director Administrativo Doctor Luis Javier Zapata Montoya, motivos que enuncio a continuación:

1. Comentarios en reuniones realizada (sic) por parte del Director Administrativo exponiendo comentarios como “Usted oculta información” teniendo en cuenta que toda la información solicitada por él ha sido entregada a través de la Gerente de Servicios Administrativos como consta en todos los comités celebrados cada ocho (8) días.
2. Citación a descargos por el Área de cumplimiento con fecha 2 de Marzo de 2.018 en el cual argumentan que he actuado de manera irrespetuosa, hecho que no es cierto, simplemente le aclaré al Doctor Zapata que por favor leyera los informes que le enviaba sobre el tema de Bienes Recibidos.
3. En la segunda citación a descargos con fecha 9 de mayo de 2.018 por el Área de Cumplimiento se evidencia el caso de violación flagrante al derecho de la intimidad al buen nombre y al Habeas Data.



Asimismo, la Sala trae a colación lo dispuesto por los artículos 58 numeral 1º¹⁴, 62 literal b) numeral 7º¹⁵ y, 23 literal b)¹⁶ del CST, sobre obligaciones especiales del trabajador, terminación del contrato por justa causa por parte del trabajador y, elementos esenciales del contrato de trabajo – subordinación –.

Atendiendo los preceptos en cita, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que el *ius variandi* corresponde a aquella facultad de dirección del empleador que le permite cambiar las funciones del trabajador por necesidades del servicio o por falta de trabajo en ocupación específica, ordenar ascensos, cambios de horario y lugar de trabajo en sus dependencias empresariales, potestad a la que, se puede presentar oposición, cuando se hace uso de este derecho con el propósito de perjudicar u ofender al trabajador, ejercer represalias o persecución contra él o, con móviles de mala fe, precisando, que por fundarse en la facultad subordinante, el *ius variandi* se genera en todo contrato sin estipulación expresa, asimismo, en principio, no requiere

4. En el mes de junio de 2.018 presenté una queja al Comité de Convivencia y hasta el momento no he recibido respuesta, este hecho también fue informado a la Presidencia Doctora Lilliana Marcela de Plaza Buriticá (personalmente) y a Recursos Humanos Doctora Catalina Caballero Gómez, mediante correo electrónico.
5. Citación a diligencia de descargos con fecha Agosto 13 de 2.018, hecho que fue sustentado con un abogado externo Doctor Juan David Gómez Gómez contratado por el Banco, en el cual actuaron como testigos Jorge Alberto Barrero y José Daniel García (funcionarios del Banco), en el cual me acusan de temas que el cargo de Analista de Daciones no maneja, tales como Recepción de Bienes tema que corresponde al proveedor de cobranza Interdinco S.A. y así otros temas más.
6. Hoy me informa la Doctora Catalina Caballero que será trasladada a otra aérea con otras funciones.

En vista de lo anterior me veo en la necesidad de renunciar al Cargo a partir del día 25 de Octubre de 2.018, una vez haya realizado la entrega de los archivos y carpetas a la Gerente de Servicios Administrativos, ya que estoy segura que la persecución laboral continuará de una u otra forma...”

¹⁴ “Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono y sus representantes. Según el orden jerárquico establecido”.

¹⁵ “La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató”

¹⁶ “La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país”.



anuencia o consentimiento del trabajador, siempre que no se afecten sus intereses, que desde un enfoque genérico comprenden tanto el aspecto jurídico, atinente a los derechos mínimos, legales o convencionales, como a las conveniencias de índole personal, social o familiar que han de predicarse en cada caso concreto¹⁷.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) cruce de correos electrónicos entre la actora y personal de la enjuiciada¹⁸, (ii) actas de entrevistas efectuadas a la demandante y, sus anexos¹⁹, (iii) escrito de 29 de mayo de 2018 dirigido por la accionante al Comité de Convivencia del Banco, alegando que se sentía acosada laboralmente por Luis Javier Zapata Montoya²⁰, (iv) citaciones y actas de diligencias de descargos²¹, (v) comunicación de 24 de octubre de 2018 informando a Alférez Godoy una reubicación con cambio de cargo y funciones, pasando a ser Analista de Garantías²², (vi) misiva de 23 de febrero de 2016 a través de la que Johnnier Osneider Cepeda González, en calidad de Asistente del Departamento Judicial entregó a Luz Myriam Alférez Godoy una carpeta del vehículo de placas TBL 095²³, (vii) historial clínico de la convocante acompañado de exámenes que le fueron practicados²⁴, (viii) actas de reunión del comité de recepción de bienes en dación de pago²⁵, (ix) manual de bienes recibidos en dación, restitución y

¹⁷ CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencias radicadas con números 60032 12 de mayo de 2020, 31701 de 02 septiembre de 2008, 2643 de 08 de febrero de 1989 y, 12581 de 20 de agosto de 1987.

¹⁸ Folios 3, 9 a 10, 12, 53 y 504.

¹⁹ Folios 4 a 8 y 219 a 224; CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.8. a 6.2.9.

²⁰ Folio 11.

²¹ Folios 13 a 47, 225 a 259, 566 a 600 y, 603 a 604; CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.10. a 6.2.12.

²² Folios 49 a 51 y 260 a 262; CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.13.

²³ Folio 52.

²⁴ Folios 56 a 89.

²⁵ Folios 90 a 92



remate²⁶, (x) contrato de compraventa, formulario de solicitud de trámites del registro nacional automotor y, licencia de tránsito correspondientes al vehículo de placas DFR 303²⁷, (xi) cédula de ciudadanía de la accionante que registra como fecha de nacimiento 10 de junio de 1961²⁸, (xii) certificado de existencia y representación legal de la convocada a juicio²⁹, (xiii) reglamento de trabajo del Banco Pichincha S.A.³⁰, (xiv) actas de reuniones de los comités paritario de seguridad y salud en el trabajo – COPASST y, de convivencia laboral, así como su conformación, para el periodo 25 de julio a 19 de noviembre de 2018³¹, (xv) reglamento de higiene y seguridad industrial³², (xvi) hoja de vida laboral de Luz Myriam Alférez Godoy con documentos adjuntos³³, (xvii) historial de incapacidades médicas otorgadas a la actora en vigencia de la relación laboral³⁴, (xviii) solicitudes de autorización de descuentos por nómina a diferentes trabajadores, entre ellos la demandante³⁵, (xiv) certificados de ingresos y retenciones de 1987 a 2003³⁶, (xv) descripción del cargo de Analista de Bienes Recibidos en Pago³⁷, (xvi) matriz de identificación de peligros, evaluación y valoración de riesgos y determinación de controles³⁸ e, (xvii) informe de coordinación de bienes recibidos en dación de pago³⁹.

²⁶ Folios 98 a 110.

²⁷ Folios 93 a 97.

²⁸ Folios 111 y 272.

²⁹ Folios 112 a 115, 144 a 153 y, 777 a 791.

³⁰ Folios 147 a 180 y, 658 a 691; CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.1.

³¹ Folios 181 a 212 y 652 a 657; CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.2. a 6.2.5. y, Archivo PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DEMANDANTE, Documento ANEXO 6.3.2.

³² Folios 213 a 216 y 704 a 707; CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.6.

³³ Folios 269 a 486.

³⁴ Folios 488 a 502.

³⁵ Folios 508 a 558.

³⁶ Folios 607 a 615.

³⁷ Folios 692 a 694.

³⁸ Folios 697 a 703.

³⁹ Folios 811 a 831.



Se recibió el interrogatorio de parte de Luz Myriam Alférez Godoy⁴⁰, así como los testimonios de Yudy Roscily Castro Traslaviña⁴¹ y, Jorge Alberto Barrero Cubillos⁴².

⁴⁰ CD Folio 801, min. 00:03:25. Luz Miriam Alférez Godoy, Pensionada. Dijo que suscribió contrato de trabajo con el Banco Pichincha el 16 de marzo de 1987, presentando carta de renuncia el 24 octubre de 2018, desempeñó como último cargo el de Analista de Daciones; la pérdida de 75 vehículos no le correspondía, debido a que no estaba dentro de sus funciones, debía recibir carpetas y, administrar bienes, pero no recibía vehículos, ni iba a los parqueaderos a recibirlos, de hecho le hicieron una auditoría que concluyó que no tenía nada que ver; el 02 marzo de 2018 fue citada a entrevista ante la dirección de cumplimiento por reclamarle a Javier Zapata que leyera y consultara los informes que le enviaba; el 10 de mayo de 2018, se le pidieron explicaciones por \$20'000.000.00 que aparecían en su cuenta, consignadas por un cliente del banco, sin embargo, ese dinero obedeció a la venta de un Mazda 2, le consignaron como \$9'000.000.00; interpuso una queja de acoso laboral contra Luis Javier Zapata, porque él decía que no le entregaban la información y, no la citaba a las reuniones, incluso por esa situación tuvo un episodio de taquicardia; la citaron una vez a descargos, pero le pidieron explicaciones de funciones que no tenía como seguimiento a proveedores, facturas y, calificaciones de cartera; debido a la queja la cambiaron de cargo para el área de operaciones, como Analista de Garantías y, por eso renunció, las funciones eran como 3 hojas. El cargo que tenía era de Analista de Daciones, entre sus funciones estaba el recibir carpetas de los vehículos de cartera entregados en dación, restitución o remate, debía incluirlas en el sistema para el área contable y, administrar los gastos de vehículos, para la venta y formalización de ésta.

⁴¹ CD Folio 801, min. 00:18:00. Yudy Roscily Castro Traslaviña, Administradora de Empresas. Depuso que es Directora Administrativa de una entidad privada, laboró para el Banco Pichincha durante 20 años, el último cargo fue Directora Administrativa, hasta 15 de septiembre de 2018; conoció a la demandante porque estuvo bajo su cargo durante año y medio, eso fue entre 2016 y 2018; Luis Javier Zapata fue su jefe directo en 2017, conoce que la actora presentó carta de renuncia porque la dirección le propuso cambiar de área y de funciones, eso fue luego de un comité de convivencia por presión laboral, la recomendación del comité fue reubicarla en otra área del banco; esa presión se dio porque a Luz Myriam, como Analista de Bienes en Dación de Pago le empezaron a exigir involucrarse en unas funciones que no estaban a su cargo, por ejemplo, los procesos de cobranza, desde el inicio y, hasta finalizar la venta del vehículo, se puso la credibilidad del proceso que hacía, así como el manejo con los proveedores que prestaban el servicios de avalúo, traslado en grúa y, manejo de parqueaderos, se indagaron los movimientos de sus cuentas de nómina y demás, por sospechas, queriendo verificar la comisión de algún acto ilegal; ese tema fue reiterativo en los informes que se presentaban, al inicio de la relación con la nueva administración la actora asistía a sustentar los informes del cargo, pero después fue sola, siempre les pedían ir mas o fondo; la actora era Analista de Daciones, tenía que recibir de parte de la casa de cobranza los bienes que estaban disponibles para la venta, iniciaba un estado de verificación del vehículo, el traslado si era el caso a parqueaderos, iniciaba unas campañas de publicidad para poner en venta esos vehículos, cuando le llegaban las ofertas las presentaba ante la junta de bienes del banco, que estaba integrado por un miembro de la casa de cobranza, la gerencia comercial de vehículos y, la dirección administrativa del banco, la actora presentaba ante el comité las ofertas indicando qué valor estaban presentando, de qué forma iban a pagar y, el comité analizaba y determinaba si se vendía o no y, en qué orden, se dejaba plasmado en una acta que hacía Luz Myriam; conoció de las diferencias entre la demandante y Luis Javier Zapata, él la llamaba a la oficina para solicitarle información o hacerle algún tipo de observación; la accionante elevó solicitud al comité de convivencia, luego lo escaló directamente con la presidente de la compañía, el señor Zapata también la acusó y, a su equipo de trabajo, de ocultar información, sin dar razones; se podía notar física y psicológicamente afectada a la actora, inclusive en una ocasión tuvo una taquicardia por lo que no pudo llegar a trabajar. Inicialmente el señor Zapata solicitaba información relacionada con las funciones que desempeñaba la demandante, pero luego le solicitó involucrarse directamente con temas que le correspondían al área de cobranza porque tenían una visión diferente del proceso, de hecho, quisieron redactar un manual y que a la par asumiera funciones que no estaban estipuladas públicamente; no tiene conocimiento de 65 vehículos a cargo de la trabajadora, todos los vehículos que estaban a cargo del banco mediante el proceso de dación en pago, se encontraban plenamente identificados, custodiados y, se cancelaron los respectivos costos de parqueadero; la actora no custodiaba vehículos, estos estaban en los parqueaderos, ella era responsable de recibir un informe del vehículo con las placas y, marca, se encargaba de dirigir su traslado a los parqueaderos con quienes se tuvieran convenios, la actora debía estar atenta a los pagos de parqueaderos y, procurar por su pronta venta, los vehículos estaban asegurados.

⁴² CD Folio 801, min. 00:48:20. Jorge Alberto Barrero Cubillos, Técnico Profesional en Contabilidad y Finanzas. Manifestó que es Analista del Banco Pichincha, trabaja allí hace 30 años; la actora presentó carta de renuncia porque se le iba a hacer un cambio a otra área con funciones totalmente diferentes de sus responsabilidades, ella venía sufriendo "una especie de acoso laboral" porque le estaban cambiando funciones y, como opción la enviaron a otro lado para aburrirla; se presentó un cambio en la administración del banco en 2018; estuvo en el equipo de trabajo de la actora por 10 años más o menos, ella administraba los bienes que eran entregados por INTERDINCO, empresa que recibía el vehículo en dación y luego lo pasaba al banco; conoció de varios compañeros que sufrieron de acoso laboral, inclusive lo recibió por parte del señor Zapata, lo envió a descargos, por eso se afilió al Sindicato, se creó a raíz de las persecuciones; el señor Zapata le faltaba el respeto a la actora, pues, siempre decía que le ocultaba información; antes de presentar la renuncia, la actora venía presentando alteración en la tensión y taquicardia, se presentó al médico, de lo que se enteró porque trabajaba a su lado. Sabe que a la actora en alguna oportunidad la citaron a audiencia de descargos.



Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que Luz Myriam Alférez Godoy en su carta de renuncia motivada expuso las razones de esa decisión, por ende, atendiendo la jurisprudencia en cita, le correspondía demostrar los motivos argüidos y, que estos constituirían justa causa de desvinculación.

En la comunicación de 24 de octubre de 2018, el Banco Pichincha S.A. comunicó a la demandante la decisión *“...de efectuar una reubicación en su caso, efectuado (sic) un cambio de cargo y de funciones tal y como se aclarará más adelante. Lo anterior, teniendo en cuenta las circunstancias evidenciadas durante los últimos meses a través de las auditorías realizadas las cuales suponen un riesgo operativo para el Banco que hace necesario efectuar la modificación de las funciones y responsabilidades a su cargo...”*⁴³; y con comunicación de 09 de noviembre de 2018⁴⁴, emitido como respuesta a la carta de renuncia presentada por la trabajadora, la empresa señaló *“...4. Sobre el cambio de cargo, es necesario aclarar que **el mismo se realizó precisamente en virtud de sus quejas de acoso laboral**, con el fin de procurar un ambiente laboral en el que se sintiera cómoda y a gusto y prevenir quejas futuras de su parte. En todo caso se procedió en ejercicio de la facultad del “ius variandi” que le asiste a todo empleador, cambio que en todo caso respetó sus condiciones laborales y salariales sin generar desmejora de estas...”*⁴⁵. (sub líneas y negrilla de la Sala).

⁴³ Folios 49 a 51.

⁴⁴ Folios 54 a 55.

⁴⁵ Folios 54 a 55.



Instrumentos que demuestran uno de los motivos argüidos por la demandante en su escrito de renuncia, específicamente el traslado a otra área con otras funciones, que le informó Catalina Caballero, en condición de Gerente de Recursos Humanos, situación que en los términos del artículo 62 literal b) numeral 7⁴⁶ constituye justa causa para que el trabajador finalice el contrato de trabajo, cuando se exige sin razones válidas.

En el asunto, el Banco no acreditó razones válidas para exigir a la accionante la prestación de servicios distintos a aquellos por los que se le contrató, pues, la misiva de 09 de noviembre de 2018⁴⁷ permite colegir que esa decisión corresponde más a una retaliación por la queja de acoso laboral puesta por la trabajadora, en tanto, a diferencia del escrito de 24 de octubre de esa anualidad, además de precisar que el cambio se hacía en ejercicio del *ius variandi*, la empresa destacó que la decisión obedeció a “sus quejas de acoso laboral”⁴⁸.

El Banco tampoco explicó con suficiencia las circunstancias que dijo evidenció en las auditorías realizadas a la demandante, ni demostró el riesgo operativo que le imponían las conductas halladas, que apoyaran la necesidad de cambio de cargo y funciones de su trabajadora.

⁴⁶ CST, Artículo 62, literal b), numeral 7º: “... La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató...”

⁴⁷ Folios 54 a 55.

⁴⁸ Folios 54 a 55.



Y, aunque se acreditó el trámite dado por el comité de convivencia laboral del banco a la queja de acoso laboral puesta por Alférez Godoy, como dan cuenta las actas de reunión aportadas⁴⁹, cabe destacar, que ese comité concluyó la no configuración del acoso laboral alegado, “...pero sí un problema y manejo inadecuado de comunicación entre las Partes, por lo cual, además de emitir una respuesta a la señora Luz Myriam Alférez sobre el análisis de su caso, se emitirá una comunicación asimismo al señor Luis Javier Zapata, requiriéndole como líder del área manejar procesos de comunicación adecuados y fomentar espacios para un diálogo tranquilo y cercano entre las Partes que permita solucionar el conflicto interno presentado y manejar en adelante un adecuado clima laboral...”⁵⁰; situación fáctica que reafirma la consideración que la modificación de las condiciones laborales se produjo como represalia del Banco contra su trabajadora, pues, no demostró que hubiera requerido a Luis Javier Zapata Montoya, en los términos dispuestos por el comité de convivencia laboral, apoyando su aseveración al censurar el fallo del *a quo*, en cuanto a que el ejercicio de la facultad del *ius variandi* pretendió promover un ambiente sano y digno.

Siendo ello así, se acreditó que el Banco Pichincha S.A. vulneró los límites de la facultad de *ius variandi* del contrato de trabajo afectando las condiciones laborales de Luz Myriam Alférez Godoy, además, de ejercer represalias o persecución en su contra que provocaron su renuncia, quedando configurado el justo motivo de desvinculación del artículo 62 literal b) numeral 7 del CST “La exigencia del {empleador}, sin razones válidas, de la

⁴⁹ Folios 181 a 212 y 652 a 657; CD Folio 501, Archivo PRUEBAS APORTADAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Documento POL PICHINCHA - ANEXO 6.2.2. a 6.2.5. y, Archivo PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DEMANDANTE, Documento ANEXO 6.3.2.

⁵⁰ Folios 207 a 212.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 029 2019 00190 01
Ord. Luz Alferez Vs. Banco Pichincha S.A.

prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató...". En consecuencia, se confirmará el fallo de primer grado. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

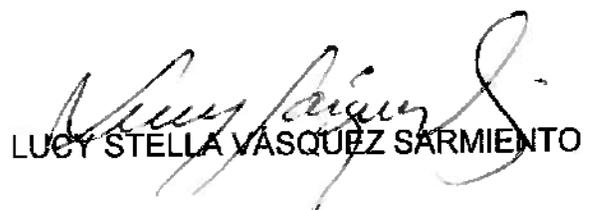
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva en la providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE FEDERICO PETERSON MANUEL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 29 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, atendiendo



lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo PCSJA21 – 11766 de 11 de marzo de 2021¹.

ANTECEDENTES

El actor demandó la pensión de jubilación por aportes, como beneficiario del régimen de transición, sin que haya operado la prescripción establecida en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, retroactivo causado, indexación, intereses moratorios, ultra y extra *petita* y, costas².

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 20 de diciembre de 2012 solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez en los términos de la Ley 71 de 1988, negada con Resolución GNR 214854 de 27 de agosto de 2013, porque, a 25 de julio de 2005 no acreditaba 750 semanas de aportes; el 20 de febrero de 2014 reiteró su pedimento, resuelto en forma negativa con Actos Administrativos GNR 286742 de 14 de agosto siguiente, GNR 17820 de 27 de enero – reposición – y, VPB 42899 de 13 de mayo de 2015 – apelación –; el 30 de noviembre de 2016 insistió en el reconocimiento pensional, negado mediante Resolución SUB 96058 de 13 de junio de 2017, por no cumplir el requisito del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 001 de 2005, determinación confirmada con Acto Administrativo DIR 15165 de 11 de septiembre de 2017. La Administradora del RPM registró en los reportes de semanas cotizadas en pensión emitidos los días de 28 de agosto de 2012, 21 de octubre de 2013 y 09 de septiembre de 2015, aportes para los riesgos de invalidez,

¹ ARTÍCULO 5° Creación de juzgados de circuito. Crear con carácter transitorio, a partir del 15 de marzo y hasta el 10 de diciembre de 2021, los siguientes juzgados: (...) b. Juzgados Laborales 1. Dos (2) juzgados Laborales de Circuito en Bogotá, conformados por Juez y dos (2) Sustanciadores.

² Folio 10.



vejez y muerte de 01 de enero de 1995 a 30 de septiembre de 1999, a través de la Gobernación de San Andrés Islas, sin embargo, en el reporte de 19 de septiembre de 2016 no aparece dicho periodo, situación que explica en la Resolución DIR 15165 de 2017, indicando que realizadas las validaciones en la base de datos, no se encontraron registros de pago de 01 de enero de 1997 a 30 de septiembre de 1999; la Gobernación de San Andrés Islas, certificó labores de 02 de enero de 1995 a 02 de enero de 1998. A la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 contaba con 15 años, 07 meses y 26 días de servicio para diferentes entidades públicas y privadas y, en la actualidad acumula 20 años y 14 días; nació el 28 de octubre de 1948³.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó que recibió las solicitudes de reconocimiento pensional, las decisiones desfavorables al actor, la expedición del reporte de semanas de 19 de septiembre de 2016 y, la *data* de nacimiento del demandante. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, improcedencia de costas para instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica⁴.

³ Folios 6 a 10.

⁴ Folios 134 a 152.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones e, impuso costas al actor⁵.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que las solicitudes fueron presentadas ante la enjuiciada los días 20 de febrero de 2014 y 30 de noviembre de 2016, resueltas con actos administrativos aportados con el *libelo incoatorio*, por ello, no se puede aplicar la prescripción trienal de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y, 101 (sic) del Decreto 1848 de 1969; adicionalmente, COLPENSIONES certificó en los reportes de semanas cotizadas en pensiones que la Gobernación de San Andrés aportó de 01 de enero de 1995 a 30 de septiembre de 1999, sin embargo, en el reporte de 19 de septiembre de 2016, extrañamente no lo registró aduciendo en el Acto Administrativo DIR 15165 de 11 de septiembre de 2017, que realizada la validación de datos no aparecía, desconociendo incluso que la Gobernación certificó dichos tiempos, en este orden, ese lapso debe ser computado por la Administradora del RPM atendiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, a la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 contaba con más de 15 años de servicios, además, demostró

⁵ Archivos 08 y 09, Audio y Acta de Audiencia.



20 años y 14 días de labores para entidades de derecho público y privado, cumpliendo los requisitos de la Ley 71 de 1988⁶.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Federico Peterson Manuel prestó servicios a la Contraloría General de la República – de 06 de marzo de 1975 a 17 de mayo de 1981 – aportando a CAJANAL, a la Gobernación de San Andrés Islas – de 01 de enero de 1995 a 31 de diciembre de 1997 –, a Coopascal CTA – de 01 de septiembre de 2004 a 31 de agosto de 2005 –, al Consorcio Arquitectura – de 01 de febrero a 30 de junio de 2006 –, a Álvarez y Vargas ING – de 01 de abril a 30 de junio de 2006 –, a la Unión Temporal C&C O – de 01 de abril a 30 de septiembre de 2008 –, al Consorcio Providenci – de 01 de diciembre de 2008 a 30 de abril de 2009 –, al Consorcio MJ – de 01 de diciembre de 2010 a 31 de mayo de 2011 –, a Desarrollo en Ingeniería – de 01 de junio de 2018 a 31 de mayo de 2019 –, al Consorcio Aerocolombia – de 01 de junio de 2019 a 31 de enero de 2020 – y, al Consorcio Vial MSF – de 01 de enero a 30 de noviembre de 2020 –, sumando a la última calenda en cita, entre tiempos públicos y privados **1133.71** semanas de aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; situaciones fácticas que se coligen de los certificados de información laboral – formatos 1, 2 y 3 válidos para bono pensional y pensiones, emitidos por la Contraloría General de la República y la Gobernación de San Andrés Islas⁷, los reportes de semanas cotizadas

⁶ Archivo 08, Audio Audiencia.

⁷ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documentos 2012_1486746_GEN-ANX-CI, 2012_1486746_GEN-CSA-3B, 2012_1486746_GEN-CSA-F1 y, 2012_1486746_GEN-CSA-F2.



expedidos por COLPENSIONES⁸ y, el conteo de semanas efectuado por esta entidad en la Resolución DIR 18578 de 18 de octubre de 2018⁹.

Peterson Manuel nació el 28 de octubre de 1948, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁰.

El 20 de diciembre de 2012 el asegurado solicitó la pensión de vejez, negada mediante Resolución GNR 214854 de 27 de agosto siguiente, porque, no acreditaba los requisitos mínimos de edad y semanas cotizadas¹¹.

El 20 de febrero de 2014, el afiliado nuevamente petitionó la prestación jubilatoria, negada con Acto Administrativo GNR 286742 de 14 de agosto de ese año, bajo el argumento que no era beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993¹², determinación confirmada con Resoluciones GNR 17820 de 27 de enero y VPB 42899 de 13 de mayo de 2015¹³.

El 10 de febrero de 2015, el demandante solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, concedida con Acto Administrativo GNR 201508 de 06 de julio siguiente, en cuantía de \$66'874.801.00¹⁴.

⁸ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documentos HL-2013_7508325-1382367520617 y HL-2013_7508325-1382367538263 y, Archivo 06, Folios 5 a 13.

⁹ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento GRF-AAT-RP-2018_13330171-20181022123331.

¹⁰ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento 2012_1486746_GEN-DDI-AF.

¹¹ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento GRF-AAT-RP-2012_1486746-1380317771936.

¹² Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento GRF-AAT-RP-2014_1416469-20140815012434.

¹³ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documentos GRF-AAT-RP-2014_7398256-20150131022041 y GRF-AAT-RP-2014_7398256_2-20150514022215.

¹⁴ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento GRF-AAT-RP-2015_1133853-20150707020851.



El 17 de mayo de 2018, el accionante petitionó la pensión de jubilación por aportes, negada con Resolución SUB 229375 de 30 de agosto de esa anualidad, pues, no acreditó haber cotizado 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 – 25 de julio de 2005 –, tampoco cumplía el requisito mínimo de semanas, en los términos de la Ley 797 de 2003¹⁵, decisión confirmada con Acto Administrativo DIR 18578 de 18 de octubre de 2018¹⁶.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES

A 01 de abril de 1994 cuando cobró aliento jurídico el sistema de seguridad social en pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, el accionante contaba con 45 años de edad, pues, nació el 28 de octubre de 1948¹⁷, siendo en principio, beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*.

El Acto Legislativo 01 de 2005 reformó el artículo 48 Constitucional, señalando en su artículo 1º párrafo transitorio 4º que *“el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos*

¹⁵ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento GRF-AAT-RP-2018_5592512-20180830074439.

¹⁶ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento GRF-AAT-RP-2018_11260396-20181018033420.

¹⁷ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento 2012_1486746_GEN-DDI-AF.



750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014¹⁸.

Reforma constitucional que limitó en el tiempo la aplicación del régimen de transición, afectando la expectativa del grupo poblacional que, en principio, era beneficiario de dicho régimen. Así, el Congreso de la República como constituyente derivado o secundario, dispuso como fecha final del régimen de transición el 31 de julio de 2010, sin embargo, las personas que a la entrada en vigencia de la reforma constitucional tuvieran 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios prestados, lo mantendrían hasta 2014.

En este orden, se deben verificar dos situaciones respecto del accionante, si (i) para 31 de julio de 2010 había causado el derecho pensional, en caso contrario (ii) si su régimen de transición se extendió hasta 2014.

En el *examine*, a 31 de julio de 2010, Federico Peterson Manuel contaba con 61 años de edad y 824.43 semanas entre tiempos públicos y privados¹⁸, entonces, no reunía los condicionamientos de ley para acceder a la pensión de jubilación por aportes regulada por el artículo 7° de la Ley 71 de 1988¹⁹.

¹⁸ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documentos HL-2013_7508325-1382367520617 y HL-2013_7508325-1382367538263 y, Archivo 06, Folios 5 a 13.

¹⁹ El artículo 7° de la Ley 71 de 1988, exigía cincuenta (55) años de edad por ser mujer y un mínimo de veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo, acumulados en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces y en el Seguro Social o administradora del RPM.



Ahora, a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, el asegurado contaba con 720.29 semanas, entre tiempos públicos y privados²⁰, insuficientes para extender los beneficios transicionales hasta 2014.

Pues bien, atendiendo que el derecho pensional pretendido por Federico Peterson Manuel se encuentra regulado por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, la prestación jubilatoria por aportes le imponía acreditar sesenta (60) años de edad por ser hombre y mínimo de veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo, acumulados en una o varias entidades de previsión social o de las que hicieran sus veces y en la administradora del RPM²¹.

En este orden, en el *examine*, el convocante cumplió la edad requerida el 28 de octubre de 2008²² y, como se reseñó, a 31 de julio de 2010, *data* hasta la que mantuvo el régimen transicional, contaba con 824.43 semanas entre tiempos públicos y privados equivalentes a 16.03 años, como dan cuenta las certificaciones de información laboral emitidas por la Contraloría General de la República y la Gobernación de San Andrés Islas²³, los reportes de semanas cotizadas expedidos por COLPENSIONES²⁴ y, el conteo de semanas

²⁰ Folios 18 a 23 y 51 a 57.

²¹ Cumple advertir, que para efectos de la pensión de jubilación por aportes aplicable a los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social, como lo ha explicado la CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con radicado No. 4457 de 26 de marzo de 2014.

²² Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento 2012_1486746_GEN-DDI-AF.

²³ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documentos 2012_1486746_GEN-ANX-CI, 2012_1486746_GEN-CSA-3B, 2012_1486746_GEN-CSA-F1 y, 2012_1486746_GEN-CSA-F2.

²⁴ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documentos HL-2013_7508325-1382367520617 y HL-2013_7508325-1382367538263 y, Archivo 06, Folios 5 a 13.



efectuado por esa entidad en la Resolución DIR 18578 de 18 de octubre de 2018²⁵.

Siendo ello así, no superó los condicionamientos de la Ley 71 de 1988, para acceder a la prestación jubilatoria por aportes.

Ahora, en punto al tema de la sumatoria de tiempo de servicios públicos con o sin cotización al ISS para efectos de acceder a la pensión de vejez contenida en el Acuerdo 049 de 1990, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en Sentencia SL 1947 – 2020 de 01 de julio de 2020, modificó su precedente jurisprudencial para sostener que las pensiones de vejez previstas en el ordenamiento en cita, aplicable bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se pueden consolidar con semanas efectivamente cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES y, con los tiempos laborados en entidades públicas.

Lo anterior, en tanto, el régimen de transición contenido en el artículo 36 del ordenamiento en cita, implicó una protección especial en el sentido que la normativa anterior aplicable tendría efectos ultra activos en cuanto a edad, tiempo y monto, pues, el resto de condiciones pensionales se regirían por las reglas de la Ley 100 de 1993. Y, como los artículos 13 literal f), 33 parágrafo 1º y, 36 parágrafo prevén la sumatoria de semanas cotizadas al ISS o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado o el tiempo de servicio prestado en calidad de servidor público, cualquiera sea el número de semanas o el

²⁵ Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento GRF-AAT-RP-2018_13330171-20181022123331.



tiempo de servicio, permitió la acumulación de semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para consolidar la pensión de vejez. Ello bajo el presupuesto que los aportes a seguridad social tienen soporte en el trabajo efectivamente realizado, pues, en últimas lo que cuenta es el trabajo humano, permitiendo realizar dicho cómputo, tanto para las prestaciones de la Ley 100 de 1993 como para las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Bajo este entendimiento, atendiendo los precedentes señalados, los servicios prestados por Peterson Manuel en el sector público, se incluyeron para contabilizar la densidad de aportes exigida por el Acuerdo 049 de 1990, sumando 824.43 semanas a 31 de julio de 2010, de las cuales 96.14 semanas fueron cotizadas dentro de los últimos 20 anteriores al cumplimiento de la edad²⁶; insuficientes para acreditar el derecho pensional, como beneficiario del régimen de transición.

Con todo, el reconocimiento de la prestación de vejez, también se estudiará con arreglo al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003²⁷.

²⁶ CD expediente administrativo, folio 50 y folios 20 a 23.

²⁷ Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 019 2019 00314 01
Ord. Federico Peterson Vs. COLPENSIONES

En este sentido, aunque el asegurado cumplió 62 años de edad el 28 de octubre de 2010³², cuenta con 1.133.71 semanas de cotización entre tiempos públicos y privados³³, insuficientes a las exigidas por la Ley 797 de 2003, que corresponden a 1300 semanas desde 2015, en consecuencia, se confirmará la decisión apelada. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

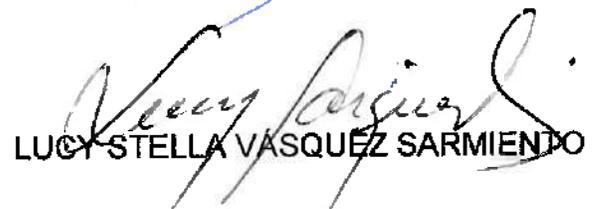
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO

³² Archivo CD Folio 69, Expediente Administrativo, Documento 2012_1486746_GEN-DDI-AF.

³³ CD expediente administrativo, folio 50 y folios 20 a 23.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE SERGIO ROBERTO MALERBA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 05 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuada el 28 de agosto de 2009 a través de PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se ordene a la AFP trasladar a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo costos de administración y rendimientos; ordenar a la Administradora del RPM admitir su vinculación a dicho régimen y; costas. Subsidiariamente, se ordene a PROTECCIÓN S.A. pagar los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 02 de febrero de 1964; ha cotizado 1050 semanas al sistema general de pensiones, acumulando los aportes en el RAIS y en el sistema general de pensiones argentino; sus cotizaciones en los últimos 10 años han sido superiores a 19 salarios mínimos legales mensuales vigentes; el 28 de agosto de 2009, se afilió al sistema general de pensiones colombiano, sin que le explicaran la forma como se encontraba organizado, nunca le manifestaron las diferencias de regímenes pensionales o una proyección pensional; los promotores de PROTECCIÓN S.A. no le brindaron la información completa y comprensible, más aún en su condición de extranjero, no le explicaron cuál era el régimen pensional que más le favorecía; tampoco le indicaron la posibilidad de aplicar el convenio de seguridad social suscrito entre Colombia y Argentina; su mesada pensional en el RPM sería superior a la que percibiría en el RAIS; el saldo de su cuenta de ahorro individual asciende a \$286'000.000.00; el 06 de noviembre de 2020 solicitó a COLPENSIONES el traslado a esa entidad, negada



porque, no existe registro de afiliación a esta entidad, tampoco se podía trasladar teniendo en cuenta la edad¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento de la actora y, el IBC de las cotizaciones. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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 y, genérica².

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó los pedimentos relativos a esa entidad, respecto a las situaciones fácticas admitió la fecha de nacimiento del convocante. Presentó las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de escogencia de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad

¹ CD folio 2, archivo 01, páginas 2 a 12.

² CD folio 2, archivo 09.



social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, su buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado propuesta por COLPENSIONES e inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir presentada por PROTECCIÓN S.A.; absolvió a las administradoras demandadas de todas y cada una de las pretensiones e; impuso costas al actor⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que no hubo documento alguno que acredite la asesoría en 2009, ni en 2016, pues, las pretensiones consistían en verificar la información suministrada al momento de su afiliación, no si la aplicación del convenio le era más favorable en el RAIS o cuando iba a entrar en vigencia, sino que se le debía explicar cómo funcionaba el sistema reparto simple como lo hay en Argentina, sin embargo, no existió asesoría alguna y en la

³ CD Folio 2, archivo 07.

⁴ CD folio 2, acta y audio de audiencia.



reasesoría de 2016, se debió tener en cuenta que tampoco le explicaron la existencia de un convenio con Argentina, ni analizaron si debía continuar o no en el RAIS, nunca le pusieron en consideración la posibilidad de pensionarse en el RPM, es decir, la AFP nunca cumplió la obligación de suministrar la información y plantearle las mejores opciones de mercado, sin que se pueda excusar en que el empleador le dio una explicación; tampoco se aplicó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha adoctrinado el debido asesoramiento, en este orden, en el asunto existió negligencia o culpa del promotor, no le hicieron comparativo así le tocara cotizar hasta los 71 años de edad, incumpliendo totalmente la obligación de brindar la información, por ende, la AFP no le garantizó el derecho de información, deber que tenía desde el estatuto financiero de 1994, vulnerando su derecho a escoger libremente el régimen al que quiere pertenecer y, si bien fue abogado, esto no tiene incidencia, pues, su título de derecho fue otorgado en Argentina y, no lo ejerce en Colombia, por ello, su profesión no puede generarle una carga adicional para demostrar la falta de asesoría. En caso que se confirme la decisión de primer grado, se debe estudiar de fondo las pretensiones subsidiarias para reconocer los perjuicios causados por falta de información⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que el 28 de agosto de 2009 Sergio Roberto Malerba seleccionó el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.,

⁵ CD folio 2, audio.



efectivo a partir de igual calenda; situaciones fácticas que se infieren del formulario de afiliación⁶, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁷, la historia laboral⁸ y, el estado de cuenta⁹ emitidos por la AFP.

Sergio Roberto Malerba nació el 02 de febrero de 1964, como da cuenta su cédula de extranjería¹⁰.

El accionante solicitó a PROTECCIÓN S.A. le indicara cuál fue la información que le brindaron al momento de su vinculación y, la proyección pensional efectuada¹¹, recibiendo respuesta el 23 de octubre de 2020, en que la AFP indicó que la explicación fue motivada y con precisión sobre las características de los dos regímenes pensionales, explicación que no se extendió en un documento específico distinto de la consolidación de la voluntad en el formulario de afiliación, agregó que su mesada pensional sería de \$2'032.095.00 al momento de cumplir 62 años de edad¹².

El 06 de noviembre de 2020, el demandante radicó formulario de afiliación ante COLPENSIONES; vinculación negada mediante comunicación BZ2020 _ 11394564 – 2339581 del siguiente día 09, ya que, no era procedente tramitar su solicitud, pues, la información

⁶ CD folio 2, archivo 01, página 17 y, archivo 09, página 40.

⁷ CD folio 2, archivo 09, páginas 43 a 44.

⁸ CD folio 2, archivo 03, páginas 26 a 31 y, archivo 09, páginas 45 a 51.

⁹ CD folio 2, archivo 09, página 59.

¹⁰ CD folio 2, archivo 01, página 18.

¹¹ CD folio 2, archivo 01, páginas 19 a 25.

¹² CD folio 2, archivo 01, páginas 25 a 33.



consultada indicaba que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo de edad para pensionarse¹³.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos *“es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP¹⁴; (ii) constancia de reasesoría pensional de 27 de enero de 2016, en donde el actor manifestó que era consciente que podía cambiarse al

¹³ CD folio 2, archivo 03, páginas 12 a 13.

¹⁴ CD folio 2, archivo 03, páginas 32 a 84.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 032 2020 00403 01
Ord. Sergio Roberto Malerba V's. Colpensiones y otra

RPM hasta el 01 de febrero siguiente¹⁵; (iii) políticas para asesorar a personas naturales¹⁶ y; (iv) expediente administrativo¹⁷.

También se recibieron los interrogatorios de parte del Representante Legal de PROTECCIÓN S.A.¹⁸ y, de Sergio Roberto Malerba¹⁹.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 28 de agosto de 2009, se lee²⁰:

"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS".

¹⁵ CD folio 2, archivo 01, página 14.

¹⁶ CD folio 2, archivo 09, páginas 53 a 57.

¹⁷ CD folio 2.

¹⁸ CD folio 2, audio, min. 13:05, dijo que no asistió al proceso de asesoría del demandante; los promotores brindan la información de las características y riesgos del régimen, por lo que, los afiliados toman la decisión de a qué régimen se afilian; no le explicaron al actor que podía pensionarse en Colombia en virtud del convenio suscrito con Argentina, pues, este acuerdo fue suscrito en 2008 y solo fue perfeccionado hasta 2016, por lo que, para el momento de traslado no había todavía un acuerdo para validar las cotizaciones; el 27 de enero de 2016, se hizo la reasesoría al accionante; en el 2016, convalidaron la información dentro de los regímenes, determinando que le era mejor al señor Malerba permanecer en el RAIS por el tema de su capital y, al no contar con las semanas cotizadas, ahora, el convenio internacional nació para salvar las prestaciones económicas, si revisamos el convenio observamos se financian con el fondo de garantía de mínima, por lo que, no se le explicó al convocante la existencia del acuerdo internacional porque aquí no se presentaba la salvedad mencionada; en la reasesoría, se le hizo un comparativo de la mesada en los dos regímenes y se le reafirmó lo explicado al momento de la vinculación, incluso se le señaló la última calenda para trasladarse de régimen.

¹⁹ CD folio 2, audio, min. 26:45, es abogado, dijo que llegó en agosto de 2009 a Colombia, después del traslado de su empresa y, las circunstancias de su afiliación fue un proceso automático efectuado por la compañía, siendo un trámite automático, el formulario ya estaba diligenciado, él solo dio el consentimiento para el proceso; no recibió asesoramiento de PROTECCIÓN S.A., porque, no le explicaron la existencia de otro régimen, ni analizaron su situación personal para ver qué régimen le convenía más, ya que, venía de Argentina, no tenía aportes, no analizaron cuál era su futuro, ni proyección a futuro; para él no hubo asesoramiento; no es especialista en derecho pensional, entiendo medianamente que era una cuenta de ahorro y que generaba rendimientos; el 27 de enero de 2016, era un miércoles, a las 06:00 p.m., él estaba en la oficina y le dijeron que lo estaban buscando desesperadamente, estaba ignorante del tema, incluso del convenio entre Colombia y Argentina, tanto así que en los cálculos de la AFP para quedarse en COLPENSIONES tenía que trabajar hasta los 71 años y en PROTECCIÓN era a los 62 años, pero, con una mesada de "dos pesos"; el motivo de la demanda, porque no hubo asesoría y no quiere estar en diligencia; incluso con posterioridad tuvo otra asesoría, luego, que se ilustró un poco más, pero, su mesada no se movía, así aportara sobre un salario de \$7.000.000.00; no le fue explicado los requisitos para pensionarse en el RPM, pero, sabe que lo que paga la AFP no es ni la tercera parte en COLPENSIONES; no recibió un asesoramiento, pues, no miraron si le convenía entrar o no.

²⁰ CD Folio 2, archivo 01, página 17.



Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su afiliación a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²¹; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*²².

Es que, recaía en PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de selección de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las

²¹CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²²CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, igualmente, debió explicarle **la existencia de otro régimen pensional como es el RPM** y las características propias de éste, asimismo, debió indicarle la existencia de un acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre la República de Colombia y la República Argentina", suscrito el 14 de abril de 2008 y que estaba pendiente su ratificación para que entrara en vigencia, convenio que le permitiría que sus cotizaciones efectuadas en Argentina fueran tenidas en cuenta en el régimen de reparto simple o RPM en Colombia y viceversa, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por afiliarse al RAIS.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia de la selección de régimen pensional, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de



esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²³.

A su vez, en Sentencia SL1688 – 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado - o como ocurre en el *examine* de selección de régimen pensional -, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibidem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación o selección de régimen pensional pretendido, sin que pueda subsanarse

²³ CSI, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



con la reasesoría de 27 de enero de 2016, en este orden, PROTECCIÓN S.A. debe remitir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de Sergio Roberto Malerba con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procede su descuento, pues, la ineficacia de la afiliación o selección de régimen pensional lleva implícita la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima con cargo a las utilidades de los fondos, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁴, en este orden, se revocará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los dineros remitidos y vincular a Sergio Roberto Malerba, en tanto, con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993 el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, por ende, al declararse la ineficacia de la afiliación a uno de ellos, el convocante **debe** pertenecer al otro, para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, atendiendo además el principio de universalidad del sistema y la obligatoriedad de su afiliación en los términos de los artículos 2 literal b) y 15 numeral 1º *ibídem*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del demandante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM,

²⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.



atendiendo la entrega de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁵, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto la selección de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la condición de Abogado del accionante no eximía a PROTECCIÓN S.A. de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

²⁵ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables²⁶, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que el convocante pretende la ineficacia de su selección de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria**. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto.

Costas de primera instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. No se causan en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁶ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 032 2020 00403 01
Ord. Sergio Roberto Malerba V's. Colpensiones y otra

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar, **DECLARAR** ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de Sergio Roberto Malerba, efectuada a través de PROTECCIÓN S.A., con arreglo a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. remitir a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta individual de Sergio Roberto Malerba como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con intereses o rendimientos causados y, con cargo a sus propias utilidades, los costos cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- ORDENAR a COLPENSIONES aceptar los valores remitidos por la AFP, afiliar al demandante y generar su historia laboral, una vez reciba la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

CUARTO.- DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO. - Costas de primera instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.
No se causan en la alzada.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

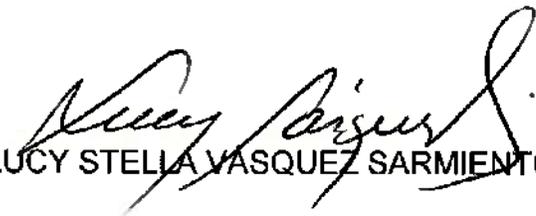
EXRD. No. 032 2020 00403 01
Ord. Sergio Roberto Malerba Vs. Cospensiones y otra



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MAXIMINO UNIVIO CUERVO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por Maximino Univio Cuervo, revisa la Corporación el fallo de fecha 12 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



El actor demandó la reliquidación de su pensión de vejez a partir de 01 de marzo de 2003, en los términos de los artículos 34 y 36 de la Ley 100 de 1993 e, indexación de la primera mesada pensional, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES pagar el retroactivo diferencial pensional causado incluyendo mesadas ordinarias y adicionales, incrementos anuales, intereses moratorios, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 11 de febrero de 1943 e, ingresó al sistema general de seguridad social en pensiones el 01 de enero de 1967; mediante Resolución N° 003115 de 07 de febrero de 2004, el Instituto de Seguros Sociales – ISS le reconoció pensión de vejez, a partir de 01 de marzo de 2003, en cuantía inicial de \$336.779.00, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante toda la vida laboral; con acto administrativo SUB 54675 de 01 de marzo de 2019, la demandada reconoció un retroactivo².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento del actor y de ingreso al sistema general de pensiones, el reconocimiento de la prestación de vejez y del retroactivo. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho y cobro

¹ Folios 3 a 7 y, 44 a 47.

² Folios 7 a 8 y, 47 a 49.



de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, su buena fe y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones; declaró probados los medios exceptivos propuestos e; impuso costas al actor⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, porque, no se le aplicó la tasa de reemplazo más beneficiosa, en los términos de los artículos 34 y 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el 85% del IBL. Asimismo, la condena impuesta por costas es alta en consideración a la mesada pensional que devenga⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

³ Folios 54 a 59.

⁴ CD y Acta de Audiencia, Folios 71 a 73.

⁵ CD Folio 71.



Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Maximino Univio Cuervo nació el 11 de febrero de 1943 y, cotizó 1003.86 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en su mayoría como cotizante independiente; situaciones fácticas que se coligen de la cédula de ciudadanía⁶ y el registro civil de nacimiento del demandante⁷, así como de los reportes de semanas cotizadas expedidos por COLPENSIONES⁸.

Mediante Resolución 003115 de 27 de febrero de 2004 el Instituto de Seguros Sociales – ISS reconoció pensión de vejez a Maximino Univio Cuervo a partir de 01 de marzo de 2003, en cuantía inicial de \$336.779.00, liquidada sobre un IBL de \$518.122.00 y una tasa de reemplazo de 65%, en los términos de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año y, 21 de la Ley 100 de 1993, prestación que calculó sobre 1007 semanas cotizadas⁹, decisión modificada con Acto Administrativo 034850 de 12 de noviembre de 2004 otorgando una primera mesada de \$407.411.00¹⁰; el 28 de enero de 2019, el pensionado solicitó la reliquidación pensional, alegando que no habían sido tenidas en cuenta todas las semanas cotizadas, ni la totalidad de los factores salariales devengados¹¹, concedida con Resolución SUB 54675 de 01 de marzo de ese año, en tanto, el IBL se liquidó con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hacía falta para pensionarse, pues, con el promedio de toda la vida laboral resultaba una mesada más baja¹².

⁶ Folios 34 y 41.

⁷ CD Folio 64, Expediente Administrativo.

⁸ Folios 26 a 27 y, CD Folio 64, Expediente Administrativo.

⁹ Folios 24 a 25 y, CD Folio 64, Expediente Administrativo.

¹⁰ CD Folio 64, Expediente Administrativo.

¹¹ Folios 28 a 33 y, CD Folio 64, Expediente Administrativo.

¹² Folios 36 a 40 y, CD Folio 64, Expediente Administrativo.



Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, garantizaba a las mujeres con 35 años o más de edad y a los hombres con 40 o más de edad o, 15 o más años de servicios o cotizaciones para aquellas y éstos, que su pensión se otorgaría con la edad, densidad de cotizaciones o tiempo de servicios y, monto previsto en el ordenamiento que se les aplicaba con antelación a la entrada en vigor de esta normatividad, no obstante, el ingreso base de liquidación por mandato legal y desarrollo jurisprudencial¹³, se obtenía en los términos de los artículos 21 y 36 *ibídem*, dependiendo del tiempo que les faltara para **acceder al derecho**.

En el asunto, no fue objeto de discusión que Maximino Univio Cuervo fue beneficiario del régimen de transición, condición reconocida en Acto Administrativo 003115 de 27 de febrero de 2004¹⁴.

En punto al tema de la forma de liquidar la pensión para los beneficiarios del régimen de transición, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que atendiendo el caso particular, existen las

¹³ CSI, Sala Laboral Sentencia 43336 de 15 de febrero de 2011.

¹⁴ Folios 24 a 25 y, CD Folio 64, Expediente Administrativo.



siguientes posibilidades: (i) con el IBL del tiempo que le hacía falta cuando al afiliado le faltaban menos de 10 años para **adquirir** el derecho o el de toda la vida si le era más favorable, conforme al artículo 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993; (ii) el IBL de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, según el artículo 21 *ibídem* o, el IBL de toda la vida si contaba con más de 1250 semanas de cotización, en los términos del último precepto en cita¹⁵.

En el *examine*, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a Univio Cuervo le faltaban 09 años y 10 meses para cumplir la edad exigida, pues, nació el 11 de febrero de 1943¹⁶, es decir, contaba con 50 años de edad, por ende, el IBL para liquidar la prestación de vejez sería el del tiempo que le hiciere falta o el de toda la vida si le era más favorable, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cumple precisar, que COLPENSIONES reliquidó la pensión a través de Acto Administrativo SUB 54675 de 01 de marzo de 2019, indicando que el tiempo faltante para alcanzar la edad de pensión resultaba más favorable que el de toda la vida laboral¹⁷.

En este orden, se verificará si el ingreso base de liquidación con el promedio de los salarios cotizados durante el tiempo que le hacía falta para arribar a la edad mínima de pensión o, con el de toda la vida laboral del demandante, resultan superiores al determinado por la entidad enjuiciada.

¹⁵ CSJ, Sala Laboral sentencia 63338 de 30 de abril de 2019.

¹⁶ Folios 34 y 41.

¹⁷ Folios 36 a 40 y, CD Folio 64, Expediente Administrativo.



Efectuadas las operaciones aritméticas respectivas con apoyo del Grupo Liquidador¹⁸, se obtuvo como IBL del tiempo faltante para la edad mínima de pensión \$540.162.68 y, como IBL de lo cotizado durante toda la vida laboral \$515.847.67, siendo más favorable el primer valor, que al aplicarle la tasa de reemplazo de 75%, arroja una mesada inicial de \$405.122.01, inferior a la reconocida por COLPENSIONES mediante Resolución 34850 de 12 de noviembre de 2004 – \$407.411.00 –¹⁹, en este sentido, se confirmará en este tema la sentencia apelada.

Cabe precisar, que no se observa falta de inclusión de factores salariales en el cálculo del IBL, por el contrario se evidencia que las cotizaciones efectuadas de 20 de mayo de 1992 a 28 de febrero de 2003, fueron sufragadas por el demandante en condición de afiliado como trabajador independiente, siendo su responsabilidad el pago de aportes conforme a los ingresos por él declarados²⁰.

En cuanto al importe de las agencias señaladas en primera instancia, no es ésta la oportunidad procesal para debatirlo, pues, en los términos del artículo 366 numeral 5° del CGP *“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*, de manera que no es esta la etapa procesal para controvertir su tasación. Sin costas en la alzada.

¹⁸ Creado mediante Acuerdo PSAA.15-10402 de 2015.

¹⁹ CD Expediente Administrativo Folio 64.

²⁰ Folios 26 a 27 y, CD Folio 64, Expediente Administrativo.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 028 2019 00617 01
Ord. Maximino Umvio Vs COLPENSIONES

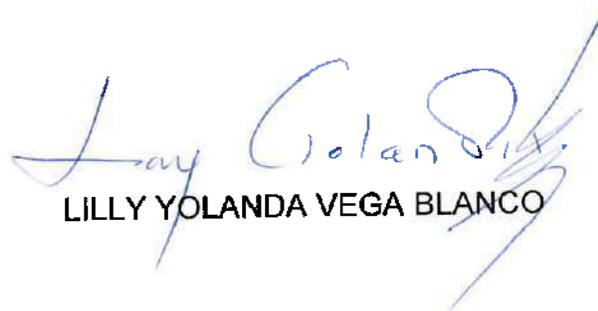
En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

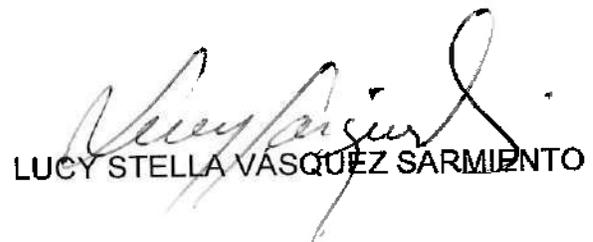
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JOSÉ ALEJANDRO
SUPELANO CONTRA DISTRIBUIDORA METROCERÁMICAS S.A.S.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022),
surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y,
previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima
de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el convocante a juicio, revisa la
Corporación el fallo de fecha 11 de mayo de 2021, proferido por el
Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



El actor demandó la ineficacia de su despido, en consecuencia, se debe ordenar su reintegro al cargo desempeñado, con el pago de salarios, aportes a seguridad social, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, daños morales, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que suscribió sucesivos contratos a término fijo inferior a un año de 01 de marzo de 2003 a 26 de enero de 2018, en desempeño de los cargos de Jefe de Bodega, Auxiliar de Bodega, Mensajero y Observador, los últimos dos ejercidos con ocasión a la reubicación ordenada por un accidente de trabajo sufrido, con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente; el 21 de octubre de 2010, sufrió discopatía lumbar múltiple, siendo incapacitado con posterioridad de 15 de mayo de 2015 a 02 de septiembre de 2017. El 19 de enero de 2011, Positiva ARL le diagnosticó “discopatía L4 – L5 y L5 – S1, lumbalgia secundaria”, con 12.90% de pérdida de la capacidad laboral – PCL y fecha de estructuración 19 de septiembre de 2011; el 17 de mayo de 2012, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá le dictaminó PCL de 13.35% con fecha de estructuración 09 de mayo de 2012. El 12 de julio de 2017, Positiva ARL expidió recomendaciones médico ocupacionales vigentes por 12 meses, por ello, la demandada lo reintegró laboralmente a partir de 03 de octubre de 2017 en el cargo de Observador en Sala de Ventas; el 26 de enero de 2018, fue despedido de manera unilateral y sin justa causa, en razón a su discapacidad y PCL, sin solicitar permiso al Ministerio del Trabajo. Interpuso acción de tutela que correspondió al Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, sede judicial que mediante sentencia de 13 de abril de 2018 tuteló transitoriamente los derechos a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y seguridad social, decisión revocada el 22 de

¹ Archivo 01, Folio 11.



junio de 2018 por el Juzgado 8° Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá; a la fecha de presentación de la demanda se encuentra en tratamiento médico, debido a que su salud ha decaído por dolores agudos en región lumbar y piernas, afectando su mínimo vital².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Distribuidora Metrocerámica S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la modalidad contractual laboral y extremos temporales de la vinculación del actor, el salario, el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, la expedición de recomendaciones médico ocupacionales y, la interposición de una acción de tutela con decisión desfavorable para el demandante. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, compensación y, buena fe³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a Distribuidora Metrocerámicas S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones de José Alejandro Supelano, relacionadas con el reintegro y sus consecuentes; se

² Archivo 01, Folios 4 a 10.

³ Archivo 01, Folios 208 a 228.



consideró relevado del estudio de las excepciones e, impuso costas al actor⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que hubo error grave al valorar las pruebas documentales aportadas y, el interrogatorio de parte del Representante Legal de la enjuiciada, por ello, solicitó al superior jerárquico se pronuncie sobre el fallo proferido en primera instancia, valorando los medios probatorios aportados, solicitados y practicados, revocando en su integridad el fallo del a quo⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que entre José Alejandro Supelano y Distribuidora Metrocerámicas S.A.S. existieron diversos contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año, de 01 de marzo de 2003 a 26 de enero de 2018, como lo afirmó el demandante en su *libelo incoatorio* y lo aceptó la sociedad convocada al responderlo, sin embargo, al instructivo solo aportaron dos de ellos, vigentes de 01 de marzo a 31 de agosto de 2003 y, de 16 de julio a 15 de octubre de 2008, vinculación que terminó por decisión unilateral y sin justa causa del

⁴ Archivos 09 y 10, Audio y Acta de Audiencia.

⁵ Archivo 09, Audio Audiencia.



empleador, siendo la asignación final \$782.000.00, situaciones fácticas que se coligen de la liquidación de prestaciones sociales⁶, la carta de despido⁷, los contratos individuales de trabajo a término fijo inferior a un año⁸ y, el comprobante de egreso N° 2971, en que se registraron pagos por liquidación de prestaciones sociales, cesantías con intereses, vacaciones, prima e, indemnización por despido⁹.

El 17 de mayo de 2012, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca dictaminó al actor PCL de 13.35% con fecha de estructuración 09 de mayo de 2012, por “*secuelas de discopatía L4 a S1, de origen enfermedad profesional*”¹⁰, asimismo, el 12 de noviembre de 2013, Positiva S.A. Compañía de Seguros emitió concepto integral final para calificación de PCL y, recomendaciones médico ocupacionales con vigencia de un año y, observación “*REQUIERE CONTINUAR MANEJO POR DOLOR CRÓNICO*”¹¹.

El Juzgado Octavo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia de tutela de 22 de junio de 2018, revocó el fallo emitido el 13 de abril de esa anualidad por el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, para en su lugar, negar los derechos fundamentales invocados por José Alejandro Supelano contra Distribuidora Metrocerámica S.A.S.¹²

⁶ Archivo 01, Folios 36 y 229.

⁷ Archivo 01, Folio 47.

⁸ Archivo 01, Folios 117 a 120.

⁹ Archivo 01, Folios 231.

¹⁰ Archivo 01, Folios 54 a 62.

¹¹ Archivo 01, Folios 236 a 244.

¹² Archivo 01, Folios 25 a 35 y 37 a 46.



Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La Sala se remite a los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹³, así como a la sentencia de exequibilidad de dicho precepto¹⁴.

En punto al tema de la estabilidad ocupacional reforzada, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que (i) la prohibición establecida en dicha regla jurídica se refiere a despidos motivados en razones discriminatorias, siendo entonces legítima la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa; (ii) si en un proceso laboral el trabajador acredita su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, con el pago de salarios y prestaciones insolutos, además, la sanción de 180 días de salario y, (iii) la autorización del inspector del trabajo se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sea incompatible e insuperable con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, de modo que la omisión de dicha obligación implica la

¹³ Conforme a la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 458 de 2015, se reemplazan las palabras “limitación” y “limitada” por las expresiones “discapacidad” o “en situación de discapacidad”.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C – 531 de 2000.



ineficacia del despido y el pago de los salarios, prestaciones y sanciones establecidas en la ley¹⁵.

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia SU – 049 de 02 de febrero de 2017, unificó su jurisprudencia señalando que *“según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente”*¹⁶.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) escrito de 10 de agosto de 2018, expedido por la ARL Positiva, en que indica al actor *“que no existe progresión objetiva determinable de las deficiencias otorgadas y ya fue otorgada la máxima calificación posible para los diagnósticos reconocidos”*¹⁷, (ii) comunicación de 03 de octubre de 2017, dirigida por la enjuiciada al demandante, informándole su reubicación al cargo de Observador en sala de ventas¹⁸, (iii) concepto de 12 de julio de 2017, emitido por la ARL Positiva, en que concluye que José Alejandro puede continuar su actividad laboral como Operario, siempre que las tareas asignadas permitan el cumplimiento de las recomendaciones médico ocupacionales¹⁹, (iv) incapacidades médicas otorgadas al accionante de 13 a 14 de mayo y 22 a 23 de diciembre de 2003, de 15 de mayo de 2015 a 02 de septiembre de 2017 y, de 03 a

¹⁵ CSJ, Sala Laboral SL1360 de 11 de abril de 2018, reiterada en sentencia SL 260 de 30 de enero de 2019.

¹⁶ En concordancia con el reciente pronunciamiento emitido en la sentencia C – 200 de 2019.

¹⁷ Archivo 01, Folios 23 a 24.

¹⁸ Archivo 01, Folio 49.

¹⁹ Archivo 01, Folios 50 a 53.



05 de diciembre de 2019²⁰, (v) historia clínica del convocante²¹, (vi) certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada²², (vii) carta de 30 de enero de 2018, en que el actor manifiesta que la empresa se encuentra a paz y salvo por *“todo concepto laboral como son: CESANTÍAS, INTERESES POR CESANTÍAS, VACACIONES, PRIMAS, SALARIOS, INDEMNIZACIONES y demás derechos laborales”*²³, (viii) misiva de 14 de noviembre de 2012, suscrita por la Gerente Administrativa de la demandada, comunicando las recomendaciones médico ocupacionales de la ARL Positiva²⁴ y, (ix) escrito de 21 de noviembre de 2017, emanado de la EPS Famisanar, indicando que emitió concepto de rehabilitación el 11 de mayo de 2016 con pronóstico de recuperación favorable²⁵. También, se recibió el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada²⁶.

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que a 26 de enero de 2018, fecha de

²⁰ Archivo 01, Folios 63 a 104 y 253 a 254, Archivo 02, Folio 21.

²¹ Archivo 01, Folios 105 a 114 y, Archivo 02, Folios 1 a 20 y 22 a 57.

²² Archivo 01, Folios 121 a 125.

²³ Archivo 01, Folio 230.

²⁴ Archivo 01, Folios 248 a 249.

²⁵ Archivo 01, Folios 251 a 252.

²⁶ Archivo 09, Min. 00:04:25. Wilson Rodríguez Martínez, Administrador de Empresas. Dijo que Alejandro Supelano entró a la compañía en el año 2003, al poco tiempo tuvo una incapacidad por una lumbalgia, él ya venía con esa dolencia antes de 2003, después que sufrió la lesión lumbar permanente en las instalaciones de METROCERÁMICAS se desempeñó como Mensajero y Observador de Sala de Ventas, fue reubicado porque sufría de una lumbalgia y la ARL recomendó que se practicaran ejercicios diferentes al cargo que venía desempeñando, que era Jefe de Bodega, él no podía realizar actividad física ni levantar cargas, por eso, en atención a las recomendaciones médicas, se creó el cargo de Mensajero y Observador en Sala de Ventas; no conoció de algún accidente de trabajo sufrido por el demandante en las instalaciones de METROCERÁMICAS, en 2017 se le reasignó a otro cargo atendiendo las recomendaciones de la ARL por la lumbalgia que presentaba; al actor se le terminó el contrato y, se le entregó una bonificación por los quince años de servicio, la empresa no conoció de algún documento que calificara al demandante en un estado de indefensión, la calificación de junta regional de calificación es de 2010 probablemente. Alejandro Supelano fue desvinculado por reestructuraciones financieras que se han hecho desde 2017, a raíz de las dificultades en el sector, él trabajó por quince años, la empresa está muy agradecida por el tiempo que estuvo, tanto que le dio una bonificación para que atendiera su mínimo vital durante un tiempo prudencial, mientras encontraba nuevamente trabajo, la empresa le permitió presentarse a sus terapias y, según la calificación de la junta regional, su capacidad laboral se afectó en un 13%; para el momento de la desvinculación el actor se desempeñaba como Observador en la Sala de Ventas, debido a que no podía levantar cargas pesadas, ni desplazarse una mayor cantidad de terreno o, subir escaleras, fue reasignado a un área de más o menos trescientos metros cuadrados para que pudiera caminar más o menos veinte metros e, hiciera sus pausas activas, no tenía dificultad para desarrollar dichas funciones; la empresa tuvo conocimiento de las continuas incapacidades de Supelano, le fueron respetadas y cumplidas, la EPS y ARL emitieron certificación de rehabilitación, así como del curso de las terapias, por ende se vincula a trabajar, porque las incapacidades ya habían finalizado; al demandante se le entregó una carta en la que se le avisa con antelación que el contrato no va a ser renovado, la empresa decidió dar por terminado el contrato de manera unilateral, por eso se reconoció una indemnización dentro de la liquidación del contrato.



finalización del contrato de trabajo, José Alejandro Supelano se encontraba diagnosticado con la patología "OTRAS DEGENERACIONES ESPECIFICADAS DE DISCO INVERTEBRAL", calificada como de origen laboral por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca, entidad que además asignó 13.35% de PCL²⁷, asimismo, la ARL Positiva expidió el 12 de julio de 2017 recomendaciones médico ocupacionales con vigencia de 12 meses, de las que se destaca "Una vez realizada la valoración ocupacional e identificadas las tareas que realiza el trabajador y el requerimiento a nivel biomecánico, se concluye que el trabajador puede continuar en su actividad laboral como operario. Así como aquellas tareas que consideren asignar siempre y cuando estas le permitan garantizar el cumplimiento de las recomendaciones médico – ocupacionales"²⁸.

Siendo ello así, no se acreditó la debilidad manifiesta que aduce el accionante, pues, si bien le fueron reconocidos periodos de incapacidad entre 15 de mayo de 2015 y 02 de septiembre de 2017 por el diagnóstico "LUMBAGO CON CIATICA – DISCOPATIA LUMBAR"²⁹, no se evidencia que al momento del despido – 26 de enero de 2018 – se encontrara en desarrollo de algún tratamiento médico por tal patología o, por la que se le asignó un porcentaje de PCL, tampoco, que posteriormente se le concedieran nuevas incapacidades, con excepción del lapso de 03 a 05 de diciembre de 2019 – 3 días – con origen "Enfermedad general" y, a su vez, la documentación aportada no da cuenta del padecimiento de situaciones de salud que impidieran sustancialmente al demandante el desempeño de sus labores en condiciones regulares, ni que hubiera

²⁷ Archivo 01, Folios 54 a 62.

²⁸ Archivo 01, Folios 50 a 53.

²⁹ Archivo 01, Folios 63 a 104 y 253 a 254, Archivo 02, Folio 21.



sido el motivo de la terminación del contrato de trabajo o, que fuera por razones discriminatorias³⁰.

Y, aunque la ARL positiva expidió al trabajador recomendaciones médico ocupacionales, éstas no fueron desconocidas por su empleador, quien por el contrario se las notificó a su empleado, procediendo luego a reubicarlo a un cargo que tuviera en cuenta dichas recomendaciones, adicionalmente, las pruebas allegadas como sobrevivientes, se refieren a controles a los que el actor asistió desde agosto de 2019, pero de ninguno de estos se advierte el adelantamiento de tratamiento médico.

De lo expuesto se sigue, que a la finalización del contrato de trabajo el demandante no se encontraba protegido por estabilidad laboral reforzada debido a fuero de salud, siendo ello así, Distribuidora Metrocerámica S.A.S. no estaba obligada a solicitar autorización al Ministerio del Trabajo, razones suficientes para concluir improcedente el reintegro pretendido y, las acreencias que de él se derivaran. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en la instancia.

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

³⁰ CSJ, Sala Laboral, Sentencia SL – 1360 – 2018, radicado 53394 de 11 de abril de 2018.

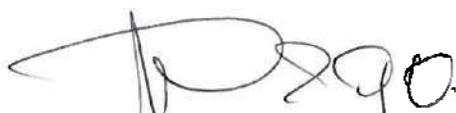
**RESUELVE**

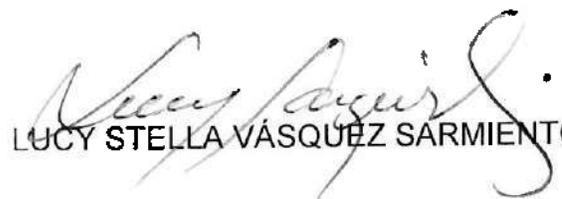
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA TERESITA ECHEVERRI GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo de fecha 19 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó la nulidad de su vinculación al RAIS a través de SKANDIA S.A., en consecuencia, se ordene a ésta AFP trasladar a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones; la Administradora del RPM debe afiliarla a este régimen, corregir su historia laboral incluyendo los períodos faltantes de junio de 1986 a octubre de 1988, de abril de 1989 a agosto de 1990 y de marzo de 1996 a febrero de 1997, reconocer la pensión de vejez con su retroactivo, intereses moratorios, indexación y costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 15 de julio de 1965; estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales – ISS de 18 de julio de 1983 a septiembre de 1998; en noviembre de 2007 se trasladó a SKANDIA; el 14 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES corregir su historia laboral; el 10 de diciembre de 2019 petitionó a las enjuiciadas la nulidad de su traslado; el siguiente día 12, reclamó a la Administradora del RPM la pensión de vejez; los promotores de las entidades demandadas no le brindaron información completa ni cumplieron el deber de asesoría, buen consejo, ni doble asesoría, no le hicieron proyección pensional o de la indemnización sustitutiva o de la devolución de saldos¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ CD folio 2, archivo 01, páginas.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la *data* de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, el traslado y, las solicitudes presentadas por la convocante. En su defensa propuso las excepciones de falta legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, su buena fe y, genérica².

Mediante auto de 23 de marzo de 2021, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de María Teresita Echeverri González al RAIS, materializado el 01 de noviembre de 2007 a través de SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y; válidamente vinculada al RPM; ordenó a la AFP devolver a la Administradora del RPM todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados y los costos cobrados por administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS, dineros debidamente indexados al

² CD folio 2, archivo 03 contestación.

³ CD folio 2, archivo 01, páginas 3 a 10.



momento en que se materialice el traslado de los recursos; ordenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que remita SKANDIA con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, una vez ingresen los dineros, actualizar la información en la historia laboral, luego, debe estudiar la pensión de vejez de Echeverri González; impuso costas a la AFP; declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES⁴.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María Teresita Echeverri González estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales – ISS de 18 de julio de 1983 a 30 de septiembre de 1998, aportando 505.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 01 de noviembre de 2007 se trasladó a SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., efectivo a partir de esa misma calenda; situaciones fácticas que se infieren de la historia laboral consolidada emitida por la AFP⁵ y, el reporte de semanas cotizadas en pensiones, elaborado por COLPENSIONES actualizado a 10 de agosto de 2021⁶.

Echeverri González nació el 15 de julio de 1965, como da cuenta su cedula de ciudadanía⁷.

⁴ CD folio 2, Acta y Audio Audiencia, respecto a la solicitud de corrección de la historia laboral de la demandante, el *a quo* indicó que le corresponde a COLPENSIONES hacer el estudio correspondiente en el trámite administrativo y, en cuanto al derecho pensional manifestó que una vez la Administradora del RPM reciba los dineros del RAIS, podrá estudiar la pensión solicitada.

⁵ CD folio 2, archivo 12.

⁶ CD folio 2, archivo 13.

⁷ CD folio 2, archivo 01, página 20.



El 14 de mayo de 2019 la actora petitionó a COLPENSIONES la corrección de su historia laboral⁸. El 10 de diciembre de ese año, solicitó a las entidades enjuiciadas la nulidad de su traslado⁹; negada por la Administradora del RPM con Oficio del siguiente día 11, bajo el argumento que el traslado fue efectuado de manera directa y voluntaria, en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen, además, se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003¹⁰.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta y, lo expuesto en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibidem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

⁸ CD folio 2, archivo 01, páginas 32 a 35.

⁹ CD folio 2, archivo 01, página 36 a 37 y 38 a 40.

¹⁰ CD folio 2, expediente administrativo.



Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP enjuiciada¹¹ y, (ii) expediente administrativo de la demandante¹². También, se recibió el interrogatorio de parte de María Teresita Echeverri González¹³.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que SKANDIA haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria¹⁴; resaltando además, que *“...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia*

¹¹ CD folio 2, archivo 01, páginas 21 a 31.

¹² CD folio 2, expediente administrativo.

¹³ Audio Audiencia Artículo 80 del CPTSS, Min. 08:20, dijo que escuchó en las noticias que el ISS se iba a acabar, además, un familiar de su pareja de la época trabajaba con SKANDIA y le indicó que era mejor que se pasara al fondo por su edad, fue a una reunión en la oficina del asesor, ya él tenía listo el formulario y la reunión el tiempo en que se tomaron un café; no sabe que es una cuenta de ahorro individual, tampoco sabe que es el concepto de rentabilidad; COLPENSIONES le ha negado su regreso al RPM desde hace 05 años; considera que firmó el formulario de SKANDIA de manera coaccionada; no precisa cuáles son los requisitos para pensionarse en el RAIS, pero, sabe que en COLPENSIONES es 57 años y ciertas semanas; no sabe que son aportes voluntarios; decidió cambiarse porque tiene varias amigas que están pensionadas con un valor mínimo; desde 1999 no hizo aportes.

¹⁴CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...¹⁵.

Es que, recaía en SKANDIA la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

¹⁵CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible¹⁶.

Ahora, respecto a los efectos de la ineficacia, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, decretadas por el juez, para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas previstas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se

¹⁶ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



hubiere celebrado, en el caso en concreto, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, pues, será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional¹⁷.

A su vez, en Sentencia SL1688 – 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibidem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida, en este orden, SKANDIA debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de María Teresita Echeverri González, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos

¹⁷ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, también debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procede su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM¹⁸, en este sentido, se confirmará la decisión de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y una vez ingresen esos dineros, actualizar la información en la historia laboral y, estudiar la procedencia de la posible prestación por vejez, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión¹⁹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por la afiliada en su vinculación al RAIS.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP

¹⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.

¹⁹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la condición de Tecnóloga de la accionante no eximía a la AFP de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de



protección, sean reales, efectivos y practicables²⁰, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social**”²¹.*

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada también en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁰ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

²¹ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

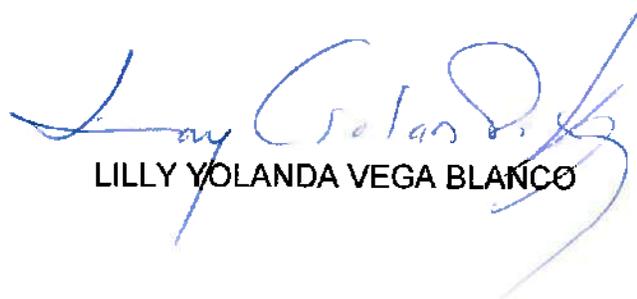
EXPD. No. 012 2020 00056 01
Ord. María Echeverri González *vs.* Cospensiones y otro

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia consultada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

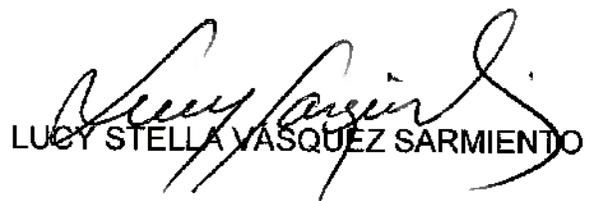
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
- DIAN CONTRA MEDIMAS EPS S.A.S. Y, CAFESALUD EPS S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, la Magistrada Sustanciadora en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, emite la siguiente,

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la DIAN, revisa la Corporación el fallo de fecha 23 de octubre de 2020, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹.

¹ Folios 41 a 43.



ANTECEDENTES

La actora demandó el reconocimiento y pago de \$13.434.00 correspondiente a incapacidad general e, intereses moratorios.

Fundamentó sus pedimentos en síntesis, en que la servidora pública Doris Patricia Madrid García le presta servicios desde 01 de septiembre de 1978, siendo su último cargo Analista II Código 202 Grado 02 en el Grupo Interno de Trabajo de Secretarías de Cobranzas de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín, afiliada a CAFESALUD EPS desde 2015, funcionaria que utilizó los servicios médicos y generó una licencia de enfermedad general por 03 días, de 07 a 09 de enero de 2015; con Resolución 269 de 27 de marzo de ese año, la entidad reconoció la licencia por enfermedad generada a favor de Madrid García, cancelada en la nómina de agosto de ese año; la EPS enjuiciada adeuda \$13.434.00; el 30 de marzo de 2017, reclamó a la prestadora de servicios demandada el reembolso de la incapacidad².

CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

Al responder la solicitud, MEDIMAS EPS S.A.S. se opuso a las pretensiones, dijo no constarle los hechos, pues, no tiene la obligación de reconocer y pagar compromisos causados con anterioridad al inicio de sus operaciones, los cuales se encuentran a cargo de CAFESALUD EPS, adicionalmente, la Resolución 2426 de 19 de julio de 2017 no estipuló esas funciones, por lo que, coadyuva la solicitud de la parte actora para

² Folios 24 a 25.



que se ordene a CAFESALUD reconocer y sufragar la incapacidad. En su defensa propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva³.

CAFESALUD EPS S.A. rechazó los pedimentos, pues, la prestación económica se encuentra reconocida, liquidada y pagada; no se pronunció sobre los hechos. En su defensa propuso las excepciones de carencia de objeto por hecho superado y, genérica⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación no accedió a las pretensiones de la DIAN⁵.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que la incapacidad de enero de 2015, fue sufragada parcialmente en agosto de ese año por CAFESALUD EPS, existiendo una diferencia entre lo pagado por ella y lo reembolsado por la EPS, para lo cual, aportó el certificado de Coordinación de Nómina en que se valida que fue sufragada, la base del cálculo, esto es, un OBL de \$2'566.000.00 por un día de incapacidad

³ CD Folio 63.

⁴ Folio 41 a 42 y CD folio 63.

⁵ Folios 41 a 43.



equivale a \$57.022.00, sin embargo, la EPS sufragó \$43.588.00, existiendo una diferencia de \$13.434.00, en este orden, no se le ha cancelado la suma completa, siendo procedente el pago de intereses moratorios, suma que además reclamó con anterioridad a la enjuiciada⁶.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

No fue objeto de reproche que la servidora pública Doris Patricia Madrid García presta servicios como Analista II en el Grupo Interno de Trabajo de la Secretaría de Cobranzas – División de Gestión de Cobranzas – Dirección Seccional de Impuestos de Medellín – Nivel Local, funcionaria que estuvo afiliada a CAFESALUD EPS S.A. hasta 31 de julio de 2017, asegurada incapacitada por 03 días, de 07 a 09 de enero de 2015, debido a enfermedad general, equivalentes a \$229.431.00, suma que el 31 de agosto de 2015 sufragó la DIAN; situaciones fácticas que se coligen de la incapacidad concedida por la EPS enjuiciada⁷, la Resolución 0269 de 27 de marzo de 2015⁸, la certificación de prestación de servicios expedida por la DIAN⁹, los comprobantes de nómina de diciembre de 2014, enero y agosto de 2015¹⁰ y, las planillas de autoliquidación de aportes¹¹.

El 25 de mayo de 2017 la DIAN solicitó a CAFESALUD EPS el pago de la diferencia de la prestación económica de Madrid García, equivalente a \$13.434.00¹².

⁶ Folios 70 a 73.

⁷ Folio 30.

⁸ Folio 31.

⁹ Folio 28.

¹⁰ Folios 29 y, 57 a 58.

¹¹ Folios 60 a 61.

¹² Folio 25.



Mediante Resolución 2426 de 19 de julio de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el plan de reorganización institucional presentado por CAFESALUD EPS, consistente en la creación de una nueva entidad llamada MEDIMAS EPS S.A.S., que asumió la prestación de los servicios de salud a partir de 01 de agosto de ese año, calenda desde la que la servidora fue vinculada a ésta EPS.

REEMBOLSO DE INCAPACIDADES

En los términos del artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponde al empleador y, con arreglo al artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, quedando el trámite tendiente a su reconocimiento a cargo del empleador.

Con arreglo a los preceptos en cita y, atendiendo que la servidora pública Doris Patricia Madrid García fue incapacitada por tres (03) días, de 07 a 09 de enero de 2015¹³, correspondía a CAFESALUD EPS asumir el pago de 01 día de licencia por enfermedad general, equivalente al 66.67% del salario base de liquidación del funcionario o ingreso base de cotización, que corresponde al salario básico y a los factores salariales señalados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

¹³ Folio 30.



En el *sub judice*, revisada la planilla de autoliquidación de aportes, el ingreso base de liquidación de Madrid García para el periodo de cotización de enero de 2015 fue de \$1'865.000.00¹⁴, sin que se acreditara que recibió otros factores salariales para ese ciclo¹⁵; cabe precisar, que el ingreso de \$2'566.000.00 que adujo la entidad demandante fue reportado como IBC en el ciclo de cotización de diciembre de 2014, no para el mes de enero en que se generó la incapacidad.

Efectuadas las operaciones aritméticas, el día del subsidio por incapacidad temporal corresponde a \$41.440.30, suma a cargo de CAFESALUD EPS S.A., quien canceló \$43.588.00, como lo aceptó la DIAN en su impugnación, por lo que, no existe diferencia alguna a favor de la convocante, en este sentido, se confirmará la sentencia impugnada, pero, por las razones aquí expuestas. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

¹⁴ Folios 60 a 61.

¹⁵ Folio 57 vuelto.



SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

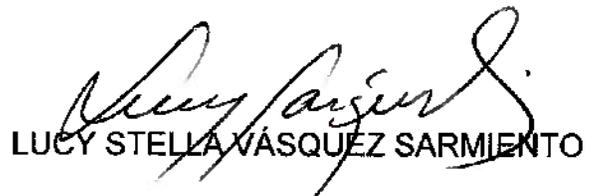
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE PEDRO PABLO GARCÍA DUEÑAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. VINCULADAS ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor



de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 22 de abril de 2021 y, su aclaración de igual calenda, proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó se declare la “*anulación*” de su traslado de régimen, así como de las vinculaciones posteriores; en consecuencia, se ordene a las AFP remitir a COLPENSIONES el capital y los rendimientos financieros acumulados en su cuenta de ahorro individual desde 01 de julio de 1996; la Administradora del RPM debe recibir dichos valores, actualizar su historia laboral y, posteriormente reconocer y pagar la pensión de vejez, en los términos de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 28 de junio de 1960; se afilió al Instituto de Seguros Sociales – ISS de 28 de diciembre de 1978 a 30 de junio de 1996, cotizando 794.43 semanas; en junio de 1996 laborando para Itau Corpbanca Colombia S.A. fue abordado por un asesor comercial de COLFONDOS S.A., quien le ofreció el traslado de régimen pensional y su afiliación al RAIS, pues, el ISS estaba en bancarrota dejando a sus afiliados sin posibilidad de afiliarse, además, en el RAIS se podía pensionar a la edad que quisiera, guardando silencio respecto de las consecuencias jurídicas, además le indicó que tendría una mesada pensional superior; COLFONDOS S.A. no le entregó el reglamento del fondo obligatorio de pensiones; suscribió el formulario en julio (sic) de 1996; en junio de



1998 se cambió a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; en noviembre de 1999 se pasó a PORVENIR S.A.; los asesores comerciales de las AFP omitieron brindarle la información básica y correcta de las condiciones jurídicas y financieras del RAIS, faltando al deber profesional y omitieron informar las ventajas y desventajas; obtendrá una pensión en el RAIS de \$2'050.104.00, inferior a la que le correspondía en el RPM de \$2'354.344.00; el 13 de junio de 2019, reclamó administrativamente ante COLPENSIONES su traslado de régimen, sin obtener respuesta; cuenta con 1855 semanas cotizadas durante toda la vida laboral¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento del actor, la afiliación y las semanas cotizadas en el RPM, así como la reclamación administrativa. En su defensa propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones

¹ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 3 a 34 y 201 a 228.

² CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 236 a 272.



fácticas manifestó que no eran ciertas o no le constaban. Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe³.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a los pedimentos; en relación con los supuestos fácticos admitió la fecha de nacimiento del accionante. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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 e, innominada o genérica⁴.

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías no se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del convocante. No propuso excepciones⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

³ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 293 a 322.

⁴ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 407 a 427.

⁵ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 464 a 472.



El juzgado de conocimiento declaró ineficaz la afiliación o traslado del RPM al RAIS efectuado el 05 de junio de 1996 por Pedro Pablo García Dueñas a través de COLFONDOS S.A. y los cambios horizontales de 27 de junio de 1998 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., de 18 de noviembre de 1999 a PORVENIR S.A., de 25 de septiembre de 2001 a COLFONDOS S.A. y, de 06 de abril de 2002 a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. y de llegar a tener recursos del accionante a las demás AFP, devolver a COLPENSIONES la totalidad de aportes girados a su favor por cotizaciones a pensiones del afiliado García Dueñas con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; impuso costas a las enjuiciadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.⁶.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron sendos recursos de apelación⁷.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que no se acreditó el perjuicio que se le podría causar al demandante por la supuesta falta de información o, que se le afectara el eventual derecho pensional, por el contrario, en 2019 cuando contaba con 59 años se le hizo simulación pensional arrojando una mesada de \$2'200.000.00, similar a su IBC, además, no se puede tener en cuenta el allanamiento de

⁶ CD Folio 2, expediente, páginas 624 a 629 y, audio 3.

⁷ CD Folio 2, expediente, páginas 624 a 629 y, audio 3.



COLFONDOS S.A. como eximente para que se abstenga de probar el deber de información o para tener por acreditada la falta de información, igualmente, se debe valorar que el demandante efectuó vinculaciones posteriores en el RAIS que claramente aluden a su intención de permanecer en el régimen privado; el deber de información no es solo para la afiliación inicial; asimismo, el convocante confesó que se le explicaron las características del traslado y que tenía conocimientos objetivos para decidir su traslado como lo exigía la normatividad de la época; tampoco es dable ordenar la devolución de los saldos que corresponden el 3% de la cotización, así como los gastos de administración que ya no se encuentran en la cuenta de ahorro individual, remuneraron los rendimientos financieros y cubrieron riesgos, pues, se generaría un enriquecimiento sin causa.

COLPENSIONES en síntesis adujo, que el demandante decidió afiliarse a las AFP de manera libre, espontánea y voluntaria sin mediar vicio del consentimiento; tampoco tenía una expectativa legítima o derecho adquirido al momento de trasladarse; se generaría una afectación a la sostenibilidad financiera; la inconformidad del actor es con el valor de su pensión, situación que no afecta su derecho de libre elección, ni el acto jurídico de traslado, pues, no pueden tenerse a todos los afiliados como parte débil o legos; asimismo, la carga probatoria le corresponde al accionante, no al fondo, en tanto, éste solo cuenta con el formulario de afiliación; se debe revocar la condena en costas, pues, no estuvo en el momento de la asesoría de traslado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA



Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Pedro Pablo García Dueñas estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social - ISS de 28 de diciembre de 1978 a 30 de junio de 1996, aportando 794.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de varios empleadores; el 05 de junio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, efectivo a partir de 01 de agosto siguiente; el 27 de mayo de 1998 se pasó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., con efectos a partir de 01 de julio de ese año; el 18 de noviembre de 1999 se cambió a PORVENIR S.A. con efectividad desde 01 de enero de 2000; el 25 de septiembre de 2001 se pasó a COLFONDOS S.A., efectivo a partir de 01 de noviembre de ese año; el 05 de abril de 2002 se cambió a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con efectividad desde 01 de junio siguiente; situaciones fácticas que se infieren de los formularios de vinculación⁸; el reporte de semanas cotizadas elaborado por COLPENSIONES⁹, la historia laboral consolidada¹⁰, la relación histórica de movimientos¹¹ y la certificación de afiliación¹² expedidos por PORVENIR S.A., el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹³, la historia válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁴, el reporte de estado de cuenta¹⁵ y, la historia laboral¹⁶ emitidos por PROTECCIÓN S.A. y, el reporte detallado del estado de cuenta del afiliado expedido por COLFONDOS S.A.¹⁷.

⁸ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 44, 48, 74, 81 a 82, 359, 360 a 361, 434, 443 y 475.

⁹ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 38 a 43.

¹⁰ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 49 a 64 y 341 a 351.

¹¹ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 326 a 334.

¹² CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, página 363.

¹³ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 323 a 324, 432 a 433 y 474.

¹⁴ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 65 a 67, 338 a 340 y 356 a 358.

¹⁵ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 429 a 431.

¹⁶ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 437 a 439.

¹⁷ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 476 a 477.



García Dueñas nació el 28 de junio de 1960, como dan cuenta su cédula de ciudadanía¹⁸ y, su registro civil de nacimiento¹⁹.

El 13 de junio de 2019, el demandante solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su afiliación al RPM y el reconocimiento de la pensión de vejez²⁰.

Los días 20 de junio y 05 de agosto de 2019, el actor petitionó a COLFONDOS S.A., a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. declararan la ineficacia de su traslado²¹; negada por COLFONDOS S.A. con oficio de 12 de julio siguiente, bajo el argumento que la afiliación fue libre y voluntaria²²; por PROTECCIÓN S.A. con comunicación de 16 de agosto de ese año, arguyendo que la ineficacia solo podía ser declarada por la autoridad competente determinando la falsedad de la suscripción, además, la vinculación fue libre y voluntaria²³.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

¹⁸ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, página 35.

¹⁹ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 36 a 37.

²⁰ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 68 a 69.

²¹ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 70 a 71, 75 a 76 y 77 a 78.

²² CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 72 a 73.

²³ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 79 a 80 y 440 a 442



INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos "es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado".

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP enjuiciadas²⁴; (ii) cálculo actuarial aportado por la accionante²⁵; (iii) simulación pensional efectuada el 10 de abril de 2019 por PORVENIR S.A., anotando que la pensión del demandante sería de \$2'014.700.00²⁶; (iv) constancia de traslado de aportes emitida por PROTECCIÓN S.A., dando cuenta que remitió a PORVENIR S.A. los aportes del convocante equivalente a \$9'725.895.00²⁷ y; (v) expediente administrativo²⁸.

También, se recibió el interrogatorio de parte de Pedro Pablo García Dueñas²⁹.

²⁴ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 93 a 194.

²⁵ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 83 a 92.

²⁶ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, páginas 352 a 355.

²⁷ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, página 428.

²⁸ CD folio 2, expediente administrativo.

²⁹ CD Folio 2, audio 1, Minuto 24:15. Dijo que estaba en COLFONDOS y llegó un asesor de COLMENA y le indicó que iba a tener mejores rendimientos, pensionarse antes y poder retirar el dinero, además, que entre más aportara se podía mejorar la pensión con aportes voluntarios, sus aportes pasaban a COLMENA, no le dijeron que sus aportes podían heredarse, no le preguntaron cuál era su núcleo



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00690 01
Ord. Pedro Pablo García Dueñas V's. Colpensiones y otras

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 05 de junio de 1996, se lee³⁰:

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES, MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLFONDOS S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información,

familiar, la charla duró como media hora, los asesores de la AFP iban a recursos humanos; no leyó el formulario de COLMENA, no le causó desconfianza y era un formato pre impreso y lo diligenciaron ahí y finalmente él lo firmó; se cambió a PORVENIR S.A. porque era un grupo más grande, generaba más confianza y pensó que era la mejor opción, no se trasladó a COLPENSIONES, pues tenía la esperanza de pensionarse antes; en una oportunidad preguntó cómo pensionarse antes y se dio cuenta que era mínima, así que decidió continuar hasta los 62 años de edad; es Contador Público, no hubo constrefimiento, se le dijo también que el Seguro Social se iba a acabar, no vio los efectos a futuro de su decisión y creyó en la buena fe; las asesorías eran individuales, no tuvo asesoría de COLPENSIONES, sino que se ha venido enterando por otros compañeros, además, que los aportes dependen del mercado y de otras variables, de lo cual se dio cuenta hace poco como 2005 o 2006, igualmente, antes de los 52 años tampoco le dieron la información; se enteró que no podía cambiarse de régimen en 2018; en 1996 se trasladó a COLFONDOS, porque llegaron a la empresa varios asesores, se escuchaban comentarios favorables y, también decían que esta AFP era del mismo grupo empresarial de dónde laboraba, no tenía conocimiento claro de cómo se pensionaba en el ISS, pero, era 60 años y 1000 semanas, además, que le parecía utópica que podía pensionarse antes; en cuanto a Horizonte decidió trasladarse porque se veía que iban a dar un acompañamiento mejor y le daban las certificaciones que requería, luego, llegó a PORVENIR S.A. donde no se sentía acompañado; nunca le dieron ilustración respecto al Seguro Social o COLPENSIONES; su motivación son las diferencias pensionales, pues, no ve las condiciones que le ofrecieron y se vería perjudicado, en tanto, devenga un salario de \$3'700.000.00 y según la simulación su pensión sería de \$2'200.000.00, afectándolo económicamente y su mínimo vital, su apoderado le hizo una proyección y la mesada en el RPM le arroja una diferencia de \$400.000.00; no recuerda si se devolvió a COLFONDOS, pero, considera que fue de manera libre y voluntaria.

³⁰ CD Folio 2, cuaderno 2019 – 690, página 475.



deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³¹; destacando además, que “ ... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**³².

Es que, recaía en COLFONDOS S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de

³¹CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³²CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³³.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrinó que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues,

³³ CSJ, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien el accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Pedro Pablo García Dueñas, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado destinados a financiar su eventual prestación de vejez, en este sentido se confirma la decisión de primer grado. También debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁴, en este orden, se adicionará el fallo impugnado y consultado.

Y si bien, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. en su oportunidad remitieron la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual del actor a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no las exime de devolver los valores cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación,

³⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



no procedía descuento de suma alguna, en este sentido se adicionara la decisión de primer grado, atendiendo que se estudia también en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁵, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando las AFP omiten su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación

³⁵ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este caso, Contador Público, pues ello no eximía a COLFONDOS S.A. de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁶, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y

³⁶CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³⁷. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión también en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite al artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁸.

En el *examine*, aunque a COLPENSIONES se le ordenó recibir los dineros remitidos por la AFP y, actualizar la historia laboral del accionante, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS del demandante, acto jurídico en que la Administradora del RPM no actuó, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

³⁷ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.

³⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero del fallo apelado y consultado, en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS S.A., a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES con cargo a sus propias utilidades los costos cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima descontados al demandante, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia consultada y apelada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expresado en precedencia.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00690 01
Ord. Pedro Pablo García Dueñas Us. Cospensiones y otras

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solvo ut prevaleat

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE NELLY ENRIQUETA MOSQUERA GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

PROVIDENCIA



Atendiendo la solicitud de la parte demandante, se prorroga la competencia en el presente asunto, en los términos del artículo 121 del CGP¹, en tanto, la correspondiente sentencia se profiriere atendiendo el principio de igualdad y dando estricto cumplimiento al orden de llegada de los expedientes al Tribunal.

NOTIFICADO EN ESTRADOS.

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A., OLD MUTUAL hoy SKANDIA y, COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 20 de abril de 2021, proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó la nulidad de su traslado al RAIS, administrado por PORVENIR S.A. y, de sus vinculaciones a COLFONDOS S.A. y a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, por ende, se declare su afiliación al RPM, en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. devolver a la Administradora del RPM los dineros existentes en su cuenta de ahorro

¹ Folio 254.



individual, se ordene a COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez con una tasa de reemplazo de 85%; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 09 de julio de 1961; en octubre de 1981 comenzó a laborar aportando al Instituto de Seguros Sociales – ISS; el 18 de mayo de 1995 se presentaron asesores de PORVENIR S.A. en las instalaciones de la empresa Textilía S.A. donde laboraba, calenda en que firmó formulario de traslado; el asesor de la AFP le indicó que se podía pensionar a la edad que considerara, sin informarle del reglamento o políticas del fondo ni las condiciones para pensionarse; el 01 de abril de 2000, se presentaron en la empresa Textilía S.A. promotores comerciales de COLFONDOS S.A. y, suscribió formulario de afiliación, pues, los asesores le ofrecieron mayores intereses sobre el capital de la pensión, pero, no efectuaron proyección pensional; el 01 de noviembre de 2008 acudieron los promotores de SKANDIA a su sitio de labor y, se trasladó a dicho fondo, asesores tampoco le informaron cual sería el monto a recibir en el evento de optar por devolución de saldos en el RAIS, tampoco le informaron en forma completa y detallada los requisitos para pensionarse en los diferentes regímenes; el 05 de septiembre de 2009, se regresó a COLFONDOS S.A., cuya asesora le dijo que retornara, pues, ésta AFP tenía mejor soporte económico y financiero, haciendo efectiva su vinculación a partir de 01 de octubre de ese año; los promotores de las diferentes AFP le dijeron que el ISS se liquidaría, le aseguraron que podía pensionarse antes del tiempo establecido por la ley y con el 100% de su salario; cuenta con 1950 semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones; su IBC actual es de \$2'284.443.00; en el 2018 solicitó a COLFONDOS S.A. le informaran qué documentos necesitaba para pedir la pensión, oportunidad en que le indicaron que su mesada sería equivalente a un mínimo legal



mensual vigente, que si deseaba una mesada de \$1'200.000.00 debía acumular en la cuenta de ahorro individual \$300'000.000.00, dinero que no reúne; el 22 de agosto de 2019 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y la pensión de vejez, petición negada con oficio de 28 de agosto siguiente².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó las afiliaciones de la accionante a este fondo y, la efectividad de la última vinculación. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, su buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la vinculación de la actora a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y, genérica³.

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES presentó oposición a los pedimentos; en cuanto a las situaciones fácticas admitió la calenda de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, la petición de afiliación y de pensión con su respuesta negativa. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada,

² Folios 4 a 17.

³ CD Folio 162 y CD folio 185.



improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e, innominada⁴.

OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A. hoy SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. se opuso a los pedimentos relativos a ese fondo; en relación con los supuestos de hecho aceptó la afiliación a esta AFP. Presentó las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de vulneración al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la convocante, prescripción, su buena fe y, genérica⁵.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., rechazó los pedimentos, respecto a los hechos admitió la vinculación de la actora a ese fondo. Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe⁶.

⁴ CD folio 158.

⁵ CD folio 183.

⁶ CD folio 181.



Mediante auto de 04 de noviembre de 2020, el *a quo* admitió el llamamiento en garantía de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.⁷, quien se opuso a los pedimentos de la demanda, en cuanto a las situaciones fácticas dijo no constarle. En lo atinente a los hechos del llamamiento aceptó que suscribió póliza de seguros con SKANDIA. En su defensa adujo las excepciones de inexistencia de nulidad absoluta en la afiliación de la demandante con las accionadas, inexistencia de obligación de devolver la prima causada y cobrada por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., cumplimiento del contrato de seguros previsionales de invalidez y supervivencia, pues, sus actuaciones se realizaron de buena fe, enriquecimiento sin causa de COLPENSIONES en caso de ordenar la devolución de las primas causadas y pagadas, prescripción, inexistencia de intereses moratorios e, innominada⁸.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 18 de mayo de 1995 por Nelly Enriqueta Mosquera González al RAIS a través de PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de junio de ese año, en consecuencia, declaró como válida la afiliación al RPM; ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a la Administradora del RPM los aportes a pensión, cotizaciones o bonos pensionales, frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, para ello, le concedió el término de un mes; ordenó a PORVENIR S.A. y a SKANDIA remitir a COLPENSIONES lo descontado

⁷ Folios 186 a 188.

⁸ CD folio 195.



de la cuenta de ahorro individual de la demandante por gastos de administración y de traslado, concediéndoles el término de un mes; ordenó a la Administradora del RPM activar la afiliación de la accionante en el RPM y actualizar la historia laboral; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones; absolvió a la llamada en garantía; declaró no probadas las excepciones propuestas respecto de las convocadas a juicio; declaró probadas las excepciones de inexistencia de obligación de devolver la prima causada y cobrada propuesta por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; impuso costas a PORVENIR S.A. a favor de la demandante y, a SKANDIA a favor de la llamada en garantía⁹.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA interpusieron sendos recursos de apelación¹⁰.

COLPENSIONES en suma arguyó, que no hay elementos de juicio que permitan acreditar que la demandante fue inducida a error o engaño frente a falsa de información, por el contrario Mosquera González firmó el formulario de traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones, ejerciendo su derecho de libre elección previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tampoco existió vicio del consentimiento, ni se debe aplicar la inversión de la prueba, siendo un imposible jurídico probar un hecho acaecido hace más de 20 años, aunado a que para 1995 solo se exigía el formulario de traslado; se debe tener en cuenta que el deber

⁹ CD y acta de audiencia, folios 221 a 224.

¹⁰ CD folio 221.



de información y asesoría solo se reguló con la Ley 1748 de 2014, adicionalmente, la convocante no era beneficiaria del régimen de transición, ni tenía una expectativa legítima de pensión para que se pudiera trasladar en cualquier momento, tampoco es dable que ésta se beneficie de la pensión en el RPM dada su solidaridad, pues, afectaría la sostenibilidad financiera del fondo común, generando un beneficio indebido a favor de Mosquera González; subsidiariamente, se debe condicionar el cumplimiento de la sentencia como la actualización de la historia laboral hasta tanto se realice la devolución de las sumas totales de la cuenta de ahorro individual de la actora.

OLD MUTUAL hoy SKANDIA en suma arguyó, que no procede la devolución de los gastos de administración, pues, el Decreto 3995 de 2008 dispone los conceptos o elementos a remitir cuando se ordena un traslado de recursos entre regímenes o AFP como cotizaciones y rendimientos, sin que enuncie los costos cobrados por administración, recursos que trasladó a COLFONDOS en octubre de 2009, además, estos gastos tienen una destinación específica como cubrir las contingencias por una posible invalidez o muerte, así como administrar los recursos de la accionante, en este orden, se desconoció la normatividad existente; respecto a la responsabilidad de Mapfre, como se ordenó la devolución de los gastos de administración se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 64 del CGP, por lo que, Mapfre debe asumir, respaldar y reembolsar los dineros que se paguen a COLPENSIONES sobre el porcentaje de los costos de administración, conforme al cubrimiento de 01 de noviembre de 2008 a 30 de septiembre de 2009, en este orden, no existe razón jurídica para negar el llamamiento de garantía.



PORVENIR S.A. en síntesis reprochó, que el ordenamiento jurídico no establecía la forma de brindar la información ni de documentarla, simplemente el diligenciamiento de un formulario, solo con el desarrollo jurisprudencial nacieron las obligaciones de buen consejo y doble asesoría, por ello, no se pueden requerir pruebas que demuestren la asesoría brindada al momento del traslado, pues, la información fue dada de manera verbal, por ello, con el formulario que la demandante suscribió expresando su voluntad, ratificada con los demás traslados horizontales que efectuó, da cuenta que conoció las características del RAIS, incluso pudo cambiarse al RPM, asimismo, Mosquera González como consumidor financiero debió ilustrarse, ya que, la ignorancia de la ley no es excusa, ni afecta el consentimiento; ahora, la demandante nunca se preocupó por su situación pensional, busca mejorar su mesada desconociendo los beneficios económicos del fondo privado como rendimientos, por ello, no se puede retrotraer todo y declarar la ineficacia, pues, la demandante manifestó su voluntad de afiliarse y continuar en el RAIS. Subsidiariamente, no procede la devolución de los gastos de administración, porque fueron sumas con destinación específica por mandato legal y, invertidas como lo exige la ley, que no están en poder de la AFP, además, su devolución no tiene sentido con fundamento en las restituciones mutuas.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Nelly Enriqueta Mosquera González estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 02 de octubre de 1981 a 31 de mayo de 1995, aportando 710.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de varios



empleadores; el 18 de mayo de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de junio siguiente; el 08 de febrero de 2000 se cambió a COLFONDOS S.A., con efectividad desde 01 de abril siguiente; el 30 de septiembre de 2008 se pasó a SKANDIA, efectivo a partir de 01 de noviembre de ese año y; el 05 de agosto de 2009 regresó a COLFONDOS S.A., con efectos desde 01 de octubre siguiente; situaciones fácticas que se infieren de los formularios de vinculación a las AFP¹¹, el reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES¹², el estado de cuenta y la certificación expedidas por SKANDIA¹³, la historia válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁴, la relación histórica de aportes y movimientos elaborada por PORVENIR S.A.¹⁵, el reporte detallado de estado de cuenta del afiliado¹⁶, el detalle de días acreditados¹⁷, la historia laboral¹⁸, el extracto de cuenta¹⁹ emitidos por COLFONDOS S.A. y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS²⁰.

Mosquera González nació el 09 de julio de 1961, como da cuenta su cedula de ciudadanía²¹.

El 27 de agosto de 2019 la demandante solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y, la pensión de vejez²²; negadas con Oficio del siguiente día 28, bajo el argumento que el traslado se efectuó

¹¹ Folios 69, 112, 117, CD folio 162, 181 y 183

¹² Folios 63 a 67 y, CD folio 158.

¹³ CD folio 183.

¹⁴ Folio 62.

¹⁵ Folios 70 a 72 y CD folio 181.

¹⁶ Folios 80 a 85 y 110 a 111, así como CD folio 162 y 181

¹⁷ Folios 86 a 89 y 103 a 109.

¹⁸ Folios 93 y 97 a 98.

¹⁹ Folios 94 a 96 y 99 a 102.

²⁰ CD folio 162

²¹ Folio 18.

²² Folios 130 a 133.



ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, además, le faltaban menos de 10 años de edad para pensionarse²³.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP y la llamada en garantía²⁴; (ii) solicitudes de 03 de octubre de 2018 y 15 de febrero de 2019, radicadas ante PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA, en que la actora peticiónó le certificaran

²³ Folios 134 a 135 y CD folio 158.

²⁴ Folios 19 a 61 y CD folio 183.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2019 00652 01
Ord. Nelly Enriqueta Mosquera González Vs. Colpensiones y otras

las calendas de ingreso y retiro en esos fondos, las sumas trasladadas, así como copia de los formularios de vinculación²⁵; (iii) respuesta de 29 de octubre de 2018, en que COLFONDOS S.A. informó a la demandante que se vinculó inicialmente de 01 de abril de 2000 a 31 de octubre de 2008, que el 28 de abril de 2000 recibió \$5'343.201.00 de su cuenta de ahorro individual remitidos por PORVENIR S.A.²⁶; (iv) comunicación de 08 de marzo de 2019 en que OLD MUTUAL indicó a la actora que el 30 de septiembre de 2008 suscribió formulario de afiliación, permaneciendo en esta AFP hasta 30 de septiembre de 2009, pues, en octubre siguiente se cambió a COLFONDOS S.A.²⁷; (v) certificación de PORVENIR S.A., dando cuenta que el 28 de abril de 2000 remitió a COLFONDOS el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, equivalente a \$5'343.201.00²⁸ y; (vi) constancia de OLD MUTUAL, señalando que el 20 de octubre de 2009 remitió a COLFONDOS el saldo de la cuenta de ahorro individual de Mosquera González, equivalente a \$48'260.849.36²⁹.

También se recibieron los interrogatorios de parte de Nelly Enriqueta Mosquera González³⁰ y de los Representantes Legales de PORVENIR

²⁵ Folios 68, 78, 113 a 114

²⁶ Folio 79.

²⁷ Folios 115 a 116

²⁸ Folios 74, 75, 76 y 77.

²⁹ Folios 118 a 121.

³⁰ CD Folio 221, min. 57:40, dijo que en el año 1995 los asesores de PORVENIR S.A. se la pasaban en la entrada de la empresa Textilía y le decían venga le doy la información, luego, tuvieron acceso a las instalaciones de la compañía y les hacían asesorías grupales para 05 o 06 personas, entonces, les iban a presentar un mejor fondo, porque, el Seguro Social se iba a acabar y, se podría pensionar con el 100% del salario, incluso se iba a poder pensionar antes porque ya tenía 13 años y le indicó se puede pensionar a los 53 años con ese salario, pero, si seguía cotizando por ejemplo hasta los 57 años, en ese momento el salario subía, entonces, sería una mejor pensión, incluso le indicaron que si quería podía pedir la devolución del dinero; le dijeron que iban a pedir un bono pensional respecto de los aportes que tenía en el ISS, pero, no le dijeron cuando se iban a hacer ese traslado, no le explicaron nada de los rendimientos y aportes voluntarios, se entró hace 03 años de que se trataban; su pensión era heredable, es decir, que sus hijos podían reclamar lo cotizado; se cambió de fondo privado a COLFONDOS, porque le manifestaron que los mismos beneficios, incluso le dijeron que tenían mejores inversiones y que en PORVENIR S.A. se iba a pensionar con el 90% o 95% de su salario, mientras que en COLFONDOS S.A. era el 100%, además, que casi todos sus compañeros estaban ahí; el motivo de la demanda es por la diferencia de la mesada pensional; llegó un señor mayor que era de SKANDIA, quien le indicó que si se pasaba a ese fondo iba a tener una mesada igual al 110%; después en 2009, le dijeron que la estaba buscando la asesora de COLFONDOS S.A. y ella le explicó que porque se retiró, si era mejor por la antigüedad en la AFP para las cesantías, entonces, ella le dijo que no, pero, al otro día volvió y le decía que era mentira lo de la mesada al 110%, sino que era el 100% y no podía perder su antigüedad, además, que le iba conseguir cita con el actuario, lo cual nunca ocurrió; considera que su afiliación no fue libre y voluntaria, sino que la presionaron porque los asesores siempre estaban insistiendo y las estaban buscando; se enteró en el 2018, se enteró que no podía devolverse al RPM, pues, una asesora de COLFONDOS S.A. le explicó que era un capital y el valor de la



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2019 00652 01
Ord. Nelly Enriqueta Mosquera González Vs. Colpensiones y otras

S.A.³¹, COLFONDOS S.A.³² y SKANDIA³³, así como el testimonio de Rosa Elvira Gutiérrez Quevedo (tachada de sospecha por COLFONDOS S.A)³⁴.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 18 de mayo de 1995, se lee³⁵:

"HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA, Y SIN PRESIONES LA ESCONGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS."

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las

pensión era proporcional al capital que tenía en la cuenta de ahorro y su mesada sería del mínimo; no le explicaron las desventajas, la reunión duraba muy poco, como 20 minutos; los asesores diligenciaban el formulario, simplemente le preguntaban los datos, pero, no le dejaban leerlo.

³¹ CD Folio 221, min. 36:09, dijo que los asesores tienen un estudio técnico, pero, este no era un requisito que les fuera exigible, además, cuando llegaban les daban las capacitaciones; para 1995, no existía la obligación de la proyección pensional, solo se diligenció el formulario, único documento que disponía la ley en este momento; no sabe quién diligenció el formulario de traslado, ya que, no estuvo presente, tampoco sabe que le indicaron a la actora; las directrices eran que informaran sobre la pensión anticipada y no estaban autorizados para decir que el ISS se iba a liquidar, aunque la situación era de público conocimiento; de acuerdo a las capacitaciones, los asesores debían indicar las características de los regímenes.

³² CD Folio 221, min. 45:30, dijo que para las fechas de afiliación de la accionante, los asesores debían tener mínimo un tecnólogo, además, se les brindaba la capacitación de las características de los regímenes pensionales; no estuvo presente en ninguna de las vinculaciones de la actora, solo tienen los formularios como constancia de la voluntad de la afiliada, pero, los asesores tenían que darle una debida asesoría a los eventuales afiliados.

³³ CD Folio 221, min. 48:26, dijo que no tiene cartilla o constancia de la asesoría brindada a Mosquera González aparte del formulario de afiliación.

³⁴ CD Folio 221, min. 01:35:10, manifestó que conoce a la demandante desde hace más 24 años, porque trabajaba como vigilante en Textilía, ingresó a esa empresa el 14 de junio de 1994; la testigo esta pensionada por COLFONDOS, fue llamada a declarar porque la pensión no es justa; los asesores de COLFONDOS llegaban a la entrada de la empresa, buscando la gente para pasarse de fondo, les ofrecían que se pensionaban con el 100% del salario, además, que el Seguro Social se iba a acabar, la deponente considera que fue engañada al igual que la actora; no le consta concretamente como fue la afiliación de la accionante, no recuerda en que año, pues, no estaba presente, pero, ella estaba en el pasillo haciendo ronda.

³⁵ CD folio 181.



consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁶; destacando además, que “... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**”³⁷.

Es que, recaía en PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta

³⁶CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³⁷CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³⁸.

³⁸ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL – 9110 de 21 de octubre de 2020



A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibidem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Nelly Enriqueta Mosquera González, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima**, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁹, en este orden, se confirmará el fallo de primer grado.

³⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



Y si bien, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA en su oportunidad remitieron la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no las exime de devolver los valores cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido se confirmara la decisión de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*, sin embargo, se precisará el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que COLPENSIONES realice la activación de la afiliación y actualización de la historia laboral dentro del término de un (01) mes contado a partir del recibo de la devolución de los dineros remitidos por los fondos accionados.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión⁴⁰, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando las AFP omiten su deber de información presentándose un consentimiento no

⁴⁰ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables⁴¹, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de*

⁴¹CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social⁴².

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada en este aspecto.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La Sala se remite a los términos previstos por el artículo 64 del CGP⁴³.

Al *examine* se aportó la Póliza 9201407000002 tomada por SKANDIA Pensiones y Cesantías S.A. a favor de los afiliados al fondo de pensiones obligatorios para el amparo de las sumas adicionales de pensiones de invalidez y sobrevivientes, así como del auxilio funerario⁴⁴.

En este sentido, la póliza reseñada no tenía dentro de su cobertura la devolución de los gastos de administración, siendo improcedente el reembolso solicitado por SKANDIA, adicionalmente, la remisión de estos dineros se fundamenta en la ineficacia del traslado y afiliaciones al RAIS con cargo a las utilidades del fondo⁴⁵, no por la falta de

⁴² CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.

⁴³ LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

⁴⁴ CD folios 183 y 195.

⁴⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



financiación de la cuenta de ahorro individual para acceder a una prestación económica, en consecuencia, se confirmará la absolución de primer grado respecto a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. – **PRECISAR** el numeral cuarto del fallo censurado y consultado, para en su lugar, **ORDENAR** a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, dentro del término de un (01) mes siguiente a la calenda de devolución de los dineros por parte de los fondos.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en lo demás, conforme a la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2019 00652 01
Ord. Nelly Enriqueta Mosquera González Vs. Colpensiones y otras

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Agustín Vega Carvajal'.

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lucy Stella Vásquez Sarmiento'.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA ELENA ALONSO REYES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto



de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 26 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó la ineficacia de su afiliación al RAIS a través de PORVENIR S.A. y de OLD MUTUAL hoy SKANDIA; declarar vigente y sin solución de continuidad su vinculación al RPM; en consecuencia, ordenar a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES todos los aportes sufragados en el RAIS desde 01 de diciembre de 1998, con rendimientos causados e, historia laboral; a COLPENSIONES tenerla como afiliada; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 03 de noviembre de 1961; estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales – ISS; el 26 de noviembre de 1998 se trasladó a PORVENIR S.A. permaneciendo en ésta Administradora de 01 de diciembre de 1998 a 30 de octubre de 2009, AFP que no elaboró ni presentó proyecciones del monto pensional, no le brindó información idónea respecto a las ventajas y desventajas que originaría su cambio de régimen pensional, el asesor le aseguró que se podía pensionar a la edad que quisiera y que el valor de la mesada pensional no afectaría las expectativas que traía del régimen anterior, además si continuaba afiliada en el ISS su derecho pensional se afectaría, pues, ésta entidad iba a desaparecer; el 03 de septiembre de 2009 solicitó su cambio a OLD MUTUAL en donde permaneció de noviembre de 2009 a octubre de 2010, cuyo asesor le reiteró que obtendría mayores rendimientos por consiguiente



mejores beneficios, tampoco le entregó proyecciones que sustentaran su afirmación, reiterando que su pensión se reconocería en las mejores condiciones del Sistema General de Pensiones; en noviembre de 2010, regresó a PORVENIR S.A.; el 05 de septiembre de 2019, petitionó a OLD MUTUAL le informara los parámetros técnicos y actuariales tenidos en cuenta al momento de su afiliación y expidiera la constancia de la asesoría, con Oficio LC – 3481 del siguiente día 23, ésta AFP le informó que la asesoría se hizo de manera directa y personalizada acatando las normas y condiciones propias del RAIS, que no contaba con soporte escrito; para 2020 le correspondería una pensión de vejez no inferior a \$4'292.687.00 cuando cumpliera 59 años de edad y 1302 semanas cotizadas; el 01 de octubre de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. la declaración de nulidad del traslado al RAIS, AFP que guardó silencio; el 03 de octubre de 2019 solicitó a OLD MUTUAL la ineficacia de la afiliación, pedimento que fue negado y; el 03 de octubre de 2019 petitionó a COLPENSIONES la invalidez del traslado al RAIS y tenerla como afiliada, petición negada por improcedente¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos admitió la calenda de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS y, la solicitud de 03 de octubre de 2019 con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de: el

¹ CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, páginas 1 a 11.



error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, su buena fe y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas admitió la calenda de nacimiento de la actora. Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe³.

SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en relación con los supuestos de hecho aceptó la afiliación a ese fondo, las solicitudes de 05 de septiembre y 03 de octubre de 2019, así como las respuestas aludidas. Propuso las excepciones de no participación ni intervención en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen por razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de vulneración al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, prescripción y, buena fe⁴.

Mediante auto de 30 de abril de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá remitió el expediente al Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito en cita⁵.

² CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 184 a 189.

³ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 101 a 126.

⁴ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 57 a 69.

⁵ CD Folio 3, documento 08.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de María Elena Alonso Reyes del RPM al RAIS, efectuado el 26 de noviembre de 1998 a través de PORVENIR S.A., consecuentemente, las cosas se retrotraen al estado anterior al acto ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten; ordenó a PORVENIR S.A. devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Alonso Reyes por aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; ordenó a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por María Alonso Reyes y sus empleadores, con los rendimientos financieros producidos, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS; ordenó a la Administradora del RPM reactivar de manera inmediata la afiliación de María Elena Alonso Reyes, sin solución de continuidad y reconstruir su historia laboral con la totalidad de semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial; absolvió de lo demás; declaró no probadas las excepciones propuestas e; impuso costas a PORVENIR S.A. y a SKANDIA⁶.

⁶ CD y acta de audiencia, folio 2, documentos, 11. ACTA 038 2019 00794 ART. 80 CPT SS y 12. CITA ART 80 CPT SS RAD 0382019794-20210726_140252-Meeting Recording



RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior PORVENIR S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁷.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 no reguló el deber de información y el artículo 271 *ibidem*, no creó derechos de carácter sustancial sino sancionatorios, por tanto, se dio una interpretación distinta a la literalidad de la norma, pues, no existía para la *data* del traslado ley alguna que estableciera en qué consistía el deber de información y los presupuestos a cumplir por las administradoras de fondos de pensiones, entonces, no es dable exigir obligaciones que no estaban vigentes a esa fecha; adicionalmente, del interrogatorio de parte de la demandante se infiere que tenía información sobre los dos regímenes pensionales y suscribió los formularios de afiliación, pruebas que evidencian que ella sí obtuvo la información pertinente, igualmente, se constituyeron actos de relacionamiento con los distintos traslados y las actualizaciones de información realizadas dando cuenta de la voluntad de la accionante de querer permanecer en este régimen; asimismo, existió conducta omisa de la accionante frente a sus deberes de afiliada y consumidora financiera, pues, manifestó en el interrogatorio que nunca se acercó a las entidades en que estuvo afiliada en el RAIS a solicitar información adicional sobre su derecho pensional, tampoco tuvo intención de retornar al RPM y, la razón de su demanda es netamente económica; subsidiariamente solicitó revocar las condenas referentes a la devolución de gastos de administración, comisiones y aportes al fondo

⁷ CD Folio 3, documento 12. CITA ART 80 CPT SS RAD 0382019794-20210726_140252-Meeting Recording



de garantía de pensión mínima, pues, la gestión de la AFP generó rendimientos, también se cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia, los cuales no pueden ser reembolsados, por último, consideró que procede la prescripción de los gastos de administración y comisiones.

COLPENSIONES en resumen expuso, que la Administradora del RPM es un tercero que no participó en el acto del traslado, pero, eventualmente se puede ver obligada a reconocer la prestación correspondiente, por lo que, se debe analizar cada caso en concreto, en este orden, la demandante fue una trabajadora del ISS, lo cual permite concluir que tenía sabía del funcionamiento del sistema pensional, conocimiento que le permitió decidir el traslado de régimen que a su juicio le pareció la mejor opción para su futuro pensional, asimismo, la accionante continuó cotizando ante las administradoras de fondos privados, realizó traslados horizontales, actos que ponen de presente su voluntad de permanencia en dicho régimen; a su vez, se debe tener en cuenta que no se puede juzgar a los fondos privados con base en normas inexistentes al momento del traslado, pues, hasta 2016 los fondos privados únicamente contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación como único medio para probar la voluntad del afiliado respecto del traslado, sin que la ley exigiera documento adicional; es inviable aceptar un traslado de régimen pensional, ya que, afecta significativamente al sistema financiero del RPM. De manera subsidiaria solicitó se ordene a los fondos privados la devolución de las sumas percibidas por cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, sin descuento alguno para evitar detrimento del RPM.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María Elena Alonso Reyes estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 26 de septiembre de 1983 a 30 de noviembre de 1998, aportando 420 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 26 de noviembre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A. efectivo a partir de 01 de enero de 1999; el 04 de noviembre siguiente, se cambió a HORIZONTE con efectividad desde 01 de enero de 2000; el 03 de septiembre de ese año, regresó a PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de noviembre de esa anualidad; el 03 de septiembre de 2009 se fue a OLD MUTUAL con efectos desde 01 de noviembre de 2009 y; el 29 de septiembre de 2010 retornó a PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de noviembre de esa anualidad; situaciones fácticas que se infieren de los formularios de vinculación⁸, la historia laboral consolidada⁹, la certificación¹⁰ y la relación histórica de movimientos¹¹ expedidas por PORVENIR S.A.¹², el reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES¹³, el estado de cuenta elaborado por SKANDIA¹⁴, la historia válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales - Liquidación¹⁵ y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁶.

⁸ CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, páginas 76, 127, 128, 129, 130 y 131.

⁹ CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, páginas 17 a 23 y 156 a 162.

¹⁰ CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, página 163.

¹¹ CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, páginas 141 a 155.

¹² CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, páginas 17 a 23 y 156 a 162.

¹³ CD Folio 3, carpeta 02ExpedienteAdministrativo, páginas 24 a 26 y, expediente administrativo.

¹⁴ CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, páginas 78 a 79.

¹⁵ CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, páginas 164 a 168.

¹⁶ CD Folio 3, documento 01CuadernoFisico, páginas 139 a 140.



Alonso Reyes nació el 03 de noviembre de 1961, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁷.

El 03 de octubre de 2019 la accionante solicitó a COLPENSIONES la reactivación de su afiliación en el RPM¹⁸, petición negada con Comunicación BZ2019 _ 13419374 – 2915235 de igual calenda, bajo el argumento que su afiliación había sido libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, además, no podía trasladarse de régimen porque le faltaban 10 años o menos para cumplir la edad de pensión¹⁹.

Los días 01 y 03 de octubre de 2019, la demandante peticionó a PORVENIR S.A. y a SKANDIA, respectivamente, la ineficacia de la afiliación al RAIS²⁰, negada con comunicación del siguiente día 18 por SKANDIA, arguyendo que para la fecha de la afiliación a ese fondo, la accionante ya contaba con 47 años de edad, por lo que, estaba inhabilitada para cambiarse de régimen, además, en noviembre de 2010 trasladó a PORVENIR S.A. la totalidad de los saldos de la cuenta individual²¹ y; con Oficio sin fecha, PORVENIR S.A. negó el pedimento de ineficacia, ya que, no resultaba jurídicamente procedente declarar ineficaz la afiliación, pues, esa facultad está reservada exclusivamente a los Jueces de la República²².

¹⁷ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, página 16.

¹⁸ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 35 a 36.

¹⁹ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 39 a 40.

²⁰ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 37 y 38.

²¹ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 41 a 43.

²² CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 136 a 138.



Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos *“es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación de legal de las AFP²³; (ii) solicitudes de 05 de septiembre de 2019 en la que la actora petitionó a OLD MUTUAL y a PORVENIR S.A. le informaran los parámetros técnicos y actuariales tenidos en cuenta al momento de su afiliación y le expidieran constancia de la asesoría²⁴; (iii) comunicación del día 11 de los referidos mes y año, en que PORVENIR S.A. contestó a la convocante que para la fecha del traslado no era obligatorio la entrega de proyecciones pensionales, además, efectuó simulación pensional que arrojó una mesada de \$1´412.800.00 en el RAIS a los 57

²³ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 12 a 15, 70 a 74

²⁴ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 27 a 28 y 29 a 30.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2019 00794 01
Ord. María Elena Alonso Reyes Vs. Colpensiones y otras

años²⁵; (iv) Oficio LC – 3481 de 23 de septiembre siguiente, en que OLD MUTUAL hoy SKANDIA le indicó a la demandante que su vinculación a esa AFP se hizo efectiva a 01 de noviembre de 2009, suscribiendo formulario de vinculación y, en noviembre de 2010 se cambió a PORVENIR S.A., por lo que remitió la totalidad de los saldos que se encontraban consignados en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos²⁶; (v) certificación emitida por OLD MUTUAL hoy SKANDIA dando cuenta que envió a PORVENIR S.A. el saldo de la cuenta de ahorro individual de la accionante equivalente a \$84'506.621.08²⁷ y; (vi) expediente administrativo²⁸.

También se recibió el interrogatorio de parte de María Elena Alonso Reyes²⁹ y, de los representantes legales de PORVENIR S.A.³⁰ y SKANDIA³¹.

²⁵ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 33 a 34.

²⁶ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, páginas 31 a 32.

²⁷ CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico, página 77.

²⁸ CD Folio 3, carpeta 02ExpedienteAdministrativo.

²⁹ CD Folio 3, audio artículo 80, min. 07:55, dijo ser Ingeniera de Sistemas y Computación; en noviembre de 1995 estaba trabajando y a través del área de recursos humanos los citaron a unas sesiones con asesores de PORVENIR S.A. para presentarles la nueva modalidad de fondos de pensiones privadas, asistió con unos compañeros, los asesores les hicieron una presentación de la compañía, sobre los beneficios que prestaban para el manejo de las pensiones, las ventajas, iban a pasar a un sistema respaldado por multinacionales, tendrían un mejor respaldo que en una entidad gubernamental que podía llegar a la quiebra, les pareció una buena opción y decidieron la afiliación; no sabía que sus aportes generarían rendimientos; para el momento de la afiliación al fondo privado sabía los requisitos para acceder a una pensión en el ISS, la finalidad de suministrar los datos de su esposo y sus tres hijos como beneficiarios, era definir las personas que podrían tener algún derecho de herencia de la pensión; hizo algunos cambios de fondo por la estabilidad de las compañías, les mostraban cuadros de compañías que estaban teniendo mejores comportamientos y el manejo podía ser mejor que la AFP donde estaba, también por cambio de empresa, pues, iban llegando los asesores y les ofrecían el cambio; no recuerda un diferenciador especial que la haya motivado al cambio a SKANDIA; no se acercó a los fondos a solicitar información; le llegaban extractos y se aseguraba que las compañías estuvieran haciendo sus aportes; no se acercó al ISS, sino hasta el momento de indagar por una pensión de madre trabajadora, pues tiene una hija con discapacidad; pretende retornar a COLPENSIONES, porque en el momento en que quiso hacer uso de la pensión de madre trabajadora para dedicarse de lleno al apoyo de su hija y estar un poco más tranquila con el tema de los trabajos que eran inestables, se acercó al fondo donde está y esa alternativa no existe para el fondo privado mientras que COLPENSIONES sí ofrece esa opción, a su vez, hizo el ejercicio con el fondo para ver cómo sería su pensión, inicialmente le enviaron una versión del estimado y posterior una segunda persona me pregunta sobre mi estado familiar y mis hijos, por lo que, en la segunda se reduce al tener una hija con discapacidad; recibió extractos de SKANDIA; no sabía cuántas semanas tenía cotizadas al momento del traslado de régimen pensional; no sabe cuál es el monto de su cuenta de ahorro individual; no sabe cuántas semanas tiene cotizadas, pero sabe que ya cumplió las requeridas; trabajó un tiempo para el ISS, sabía que los requisitos para pensionarse en el RPM eran la edad y las semanas, pero, también considera que es algo similar en el RAIS.

³⁰ CD Folio 3, audio artículo 80, minuto 43:20, dijo que ejerce la representación judicial de PORVENIR desde junio de 2020; no estuvo en el momento en que la demandante se afilió; no existe prueba escrita de la asesoría que se le brindó a la actora, sino los formularios de afiliación, actualización de datos realizados por la demandante, y lo correspondiente a la información de su cuenta de ahorro individual; desconoce si al cumplir los 47 años la accionante estaba en este fondo privado.

³¹ CD Folio 3, audio artículo 80, minuto 50:25, dijo representar judicialmente a SKANDIA aproximadamente desde agosto de 2019; no estuvo presente en el momento en que la demandante realizó su afiliación a SKANDIA; fuera del formulario de vinculación en la hoja de vida de la demandante se encuentra el estado de la cuenta y la historia laboral; no existe un documento que soporte un cálculo efectuado a la accionante; para el año 2009 la actora ya contaba con 48 años.



Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 26 de noviembre de 1998, se lee³²:

"HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS"

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la nulidad por omisión del deber de información, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³³; destacando además, que " ... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma

³² CD Folio 3, documento 01CuadernoFísico.

³³CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**³⁴.

Es que, recaía en PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

³⁴CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³⁵.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

³⁵ CSI, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de María Elena Alonso Reyes, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁶, en este orden, se confirmará el fallo de primer grado.

Y si bien, SKANDIA en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido se adicionará la decisión de primer grado.

³⁶ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁷, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando las AFP omiten su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso

³⁷ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la condición de Ingeniera de Sistemas de María Elena Alonso Reyes o, que ella hubiera laborado en el extinto ISS no eximía a PORVENIR S.A., de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁸, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera

³⁸CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2019 00794 01
Ord. María Elena Alonso Reyes *v.s.* Colpensiones y otras

de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³⁹. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. remitir a COLPENSIONES con cargo a sus propias utilidades, los costos cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de pensión mínima descontados a la demandante, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR el fallo de primera instancia en lo demás, con arreglo a lo expresado en precedencia.

³⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



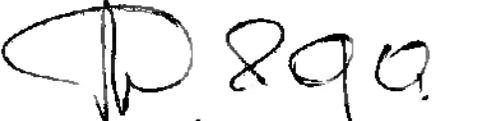
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

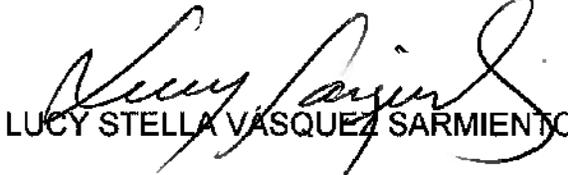
EXPD. No. 038 2019 00794 01
Ord. María Elena Alonso Reyes V's. Compensaciones y otras

TERCERO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Sede voto parcial


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LUZ AMPARO GIRALDO RESTREPO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto



de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 16 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, por ende, se encuentra válidamente afiliada al RPM, en consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL hoy SKANDIA devolver a COLPENSIONES los aportes de su cuenta de ahorro individual; la Administradora del RPM debe contabilizar las semanas cotizadas para efectos de pensión; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 24 de agosto de 1965; el 03 de febrero de 1989 se afilió al Instituto de Seguros Sociales – ISS; el 04 de septiembre de 1995 nuevamente seleccionó al RPM; el 11 de octubre siguiente, se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., sin haber sido asesorada ni informada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno u otro régimen pensional, prestaciones económicas, beneficios y desventajas, así como la implicación sobre sus derechos pensionales; el 05 de septiembre de 2008 se afilió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, vinculación que tampoco contó con la debida asesoría; a julio de 2017 ha cotizado 1107 semanas; su mesada sería de \$5'730.314.00 en el RPM y de \$2'019.739.00 en el RAIS; los días 17 y 18 de octubre de 2018 solicitó a PROTECCIÓN S.A. y a OLD MUTUAL la nulidad de su afiliación al RAIS, negada con Oficio del siguiente día 23, por PROTECCIÓN S.A. y, con Comunicación de 07



de noviembre de ese año por OLD MUTUAL; el 19 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado, negado con Oficio BZ2018 _ 13250900 – 32337842 de igual calenda¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y, la solicitud de nulidad con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del perjuicio causado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., declaración de manera libre y espontánea de la accionante al momento de la afiliación a la AFP, su buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, prescripción y, genérica².

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES presentó oposición a los pedimentos; en cuanto a las situaciones fácticas admitió la calenda de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS, así como la petición de nulidad. Propuso las excepciones de

¹ Folios 3 a 18 y 131 a 149.

² Folios 284 a 290.



validez de la afiliación al RAIS, su buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e, innominada³.

OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A. hoy SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. se opuso a los pedimentos; en relación con los supuestos de hecho aceptó la solicitud de nulidad presentada ante esa AFP con respuesta desfavorable. Presentó las excepciones de prescripción, su buena fe, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, genérica⁴.

Mediante auto de 18 de febrero de 2020, el *a quo* ordenó la vinculación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. como *litis* consorcio necesario por pasiva⁵, Administradora que rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas dijo no constarle o no ser ciertas. Adujo las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, genérica⁶.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la nulidad de la afiliación de Luz Amparo Giraldo Restrepo al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A.,

³ Folios 272 a 279.

⁴ Folios 230 a 245.

⁵ Folio 309.

⁶ Folios 327 a 350.



teniéndola válidamente afiliada a COLPENSIONES; ordenó a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA trasladar a la Administradora del RPM el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, gastos de administración y comisiones; ordenó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. pagar la diferencia de lo que llegare a resultar de lo ahorrado por la demandante en el RAIS y su equivalente en el RPM, diferencia que será asumida a cargo del propio patrimonio, incluido los gastos, cuotas de administración y comisiones, para tal efecto conminó a la Administradora del RPM a realizar las gestiones necesarias con el fin de obtener el pago de dichas sumas si a esto hubiese lugar; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la accionante al RPM; declaró no probadas las excepciones propuestas; impuso costas a la PROTECCIÓN S.A., a PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL⁷.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA interpusieron sendos recursos de apelación⁸.

COLPENSIONES en suma arguyó, que se desconoció la jurisprudencia que ha explicado en qué casos procede la ineficacia, sin que se pueda aplicar en el asunto, además, no hubo vicio del consentimiento, se demostró que la afiliación fue libre y voluntaria, incluso la demandante

⁷ CD y acta de audiencia, folios 558 a 560.

⁸ CD folio 558.



ratificó su vinculación al RAIS con los traslados horizontales que realizó, por ende, se debe revocar la sentencia de primer grado.

PROTECCIÓN S.A. en resumen expuso, que no procede la devolución de los gastos de administración, pues, en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, canceló a la aseguradora para que pagara la suma adicional en caso de invalidez o sobrevivencia, siendo inviable dicho reintegro de sumas, en tanto, ya fueron causados, descontadas por orden de la ley y como contraprestación de una buena gestión del fondo; tampoco procede la devolución del seguro previsional que también fue sufragado mes a mes a la aseguradora, estando imposibilitada a recobrarlo, además, la aseguradora es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el contrato suscrito entre el afiliado y PROTECCIÓN S.A.; se deben tener en cuenta las restituciones mutuas, es decir, no se debe ordenar la devolución de los rendimientos, de lo contrario existiría enriquecimiento sin causa.

OLD MUTUAL hoy SKANDIA en síntesis alegó, que no procede la devolución de los gastos de administración, en tanto, el Decreto 3995 de 2008 señala los conceptos a remitir cuando se ordena un traslado de recursos entre regímenes, sin que enuncie los costos cobrados por administración, quebrantándose la ley, igualmente, la naturaleza de estos gastos tiene una destinación específica como es cubrir las contingencias por una posible invalidez o muerte, siendo ello así, la actora contó con esa cobertura, tampoco se vinculó al tercero que se podía afectar como son las aseguradoras; en subsidio de lo anterior, procede la prescripción respecto de los gastos de administración.



PORVENIR S.A. en resumen adujo, que era obligación de las AFP brindar la información conforme a la Circular 019 de 1998 de la Superintendencia de Sociedades, que únicamente exigía el diligenciamiento de un formulario que contuviera la voluntad expresa de la convocante para tener como válido el traslado, además, la demandante no suscribió un solo formulario, sino varios formatos, manifestando su voluntad de permanecer en el RAIS, situación que sanea cualquier vicio de consentimiento al ratificar su intención expresa con el diligenciamiento de los formularios y, de manera tácita con el pago de los aportes en el RAIS, como lo aceptó en su interrogatorio de parte; tampoco procede la devolución de los gastos de administración, en tanto, se encuentran establecidos también en el RPM conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, costos que se destinan para financiar prestaciones de invalidez y sobrevivencia, asimismo, no forman parte íntegra de la pensión de vejez, siendo prescriptibles; igualmente, la Superintendencia de Sociedades ha indicado que de proceder la ineficacia de traslado se deben devolver las cotizaciones y los rendimientos, pero, no los gastos de administración, lo contrario generaría un enriquecimiento sin causa, además, como es ineficacia de traslado tampoco se deberían devolver los rendimientos.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Luz Amparo Giraldo Restrepo estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 07 de junio de 1989 a 31 de octubre de 1995, aportando 172.57 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de varios empleadores; el 11 de octubre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS



administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de noviembre siguiente; el 20 de enero de 2000 se cambió a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., con efectos desde 01 de marzo de ese año; el 11 de octubre de 2000 se pasó a PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de diciembre del año en cita; el 27 de junio de 2003 se fue a SKANDIA, con efectividad desde 01 de agosto siguiente; el 10 de febrero de 2005 regresó a PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de abril siguiente y; el 05 de septiembre de 2008 se afilió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, con efectividad desde 01 de noviembre de ese año; situaciones fácticas que se infieren de los formularios de vinculación a las AFP⁹, el reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES¹⁰, el reporte de estado de cuenta expedido por PROTECCIÓN S.A.¹¹, la historia laboral consolidada elaborada por SKANDIA¹², la historia válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹³, la relación histórica de movimientos expedida por PORVENIR S.A.¹⁴ y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁵.

Giraldo Restrepo nació el 24 de agosto de 1965, como da cuenta su cedula de ciudadanía¹⁶.

Los días 17, 18 y 19 de octubre de 2018, la demandante solicitó a PROTECCIÓN S.A., a OLD MUTUAL y, a COLPENSIONES, respectivamente, la nulidad o ineficacia de su traslado¹⁷; negada por la

⁹ Folios 29, 58, 61 a 62, 246 a 247, 291, 293, 295, 376, 377

¹⁰ Folios 31 a 34.

¹¹ Folios 296 a 298.

¹² Folios 20 a 21 y 248 a 250.

¹³ Folio 252.

¹⁴ Folios 389 a 391.

¹⁵ Folios 299 y 375.

¹⁶ Folio 19.

¹⁷ Folios 35 a 41, 42 a 47 y 48 a 53.



Administradora del RPM con Oficio del siguiente día 19, bajo el argumento que el traslado se efectuó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, además, le faltaban menos de 10 años de edad para pensionarse¹⁸; por PROTECCIÓN S.A. con Comunicación del día 23 de los referidos mes y año, arguyendo que la nulidad de la vinculación solo podía ser declarada por una autoridad judicial¹⁹ y; por OLD MUTUAL con oficio de 07 de noviembre siguiente, bajo el argumento que la afiliación a esta AFP se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, aceptando la actora las condiciones propias del régimen²⁰.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibidem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera

¹⁸ Folios 54 a 55.

¹⁹ Folios 56 a 57.

²⁰ Folios 59 a 60.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 004 2019 00093 01
Ord. Luz Amparo Giraldo Restrepo Vs. Colpensiones y otras

de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP²¹; (ii) simulación de 06 de agosto de 2018, en que OLD MUTUAL indicó a la actora que su mesada sería de \$2'282.000.00 a los 60 años de edad²²; (iii) estudio de la situación pensional anexado por la accionante²³ y; (iv) certificación de PORVENIR S.A., que da cuenta que el 31 de octubre de 2008 remitió a OLD MUTUAL el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante equivalente a \$74'794.606.00²⁴.

También se recibió el interrogatorio de parte de Luz Amparo Giraldo Restrepo²⁵.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 11 de octubre de 1995, se lee²⁶:

²¹ Folios 79 a 127 y 152 a 201.

²² Folios 257 a 258.

²³ Folios 63 a 78.

²⁴ Folio 392.

²⁵ CD Folio 476, min. 12:10, dijo que en 2005 estaba trabajando en Ahorra Más, los llamaron de recursos humanos y les indicaron que les iban a dar una charla sobre el nuevo tema de pensiones, porque se escuchaba que no se iba a pensionar, el ISS se iba a acabar, además, les hablaron de las bondades del fondo como que se podían pensionar más jóvenes, el valor iba a ser mejor, tendrían rendimientos y ofrecía mayor seguridad que el Estado; no le explicaron la forma de pensionarse; ella iba cambiando de empleo y donde iban llegando tenían su fondo de pensiones, entonces, se pasó a SKANDIA porque le tocó, además, pensaba que el fondo de pensión era lo mejor y, SKANDIA gozaba de buena reputación, es decir, que tiene buenos rendimientos y no estaba “tumbando” a la gente; en 2017 empezó a averiguar y el asesor de SKANDIA le dijo que todavía no podía pensionarse, le empezó a indicar que el bono pensional debía negociarse y se redimiría hasta los 60 años de edad y su mesada sería de \$1'200.000.00, pese a que ganaba \$13'000.000.00; no pudo regresar al Seguro Social; efectuó aportes voluntarios en 2009; firmó libre y voluntariamente la afiliación con SKANDIA y COLMENA, no hubo presión por parte del empleador; no le hicieron un comparativo, sino solo le indicaron los beneficios del fondo; no recuerda si le dijeron qué pasaba con su dinero si llegaba a fallecer, ni si no lograba cumplir los requisitos a la pensión de vejez, recibía los extractos trimestrales; sabía que sus cotizaciones recibían rendimientos de acuerdo al fondo que este sí es de alto riesgo o más alto riesgo; nunca analizaron su situación particular; reiteró que se cambiaba de fondo porque cuando llegaba a una empresa nueva y en recursos humanos le pasaban el formulario, entonces, lo diligenciaba, pues, necesitaba empezar a trabajar; su motivación de la demanda es la diferencia en la mesada, así como que no le hayan dado la información completa.

²⁶ Folio 29.



“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA, Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.”

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁷; destacando además, que “... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**”²⁸.

Es que, recaía en COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de

²⁷CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁸CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1



del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁹.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, OLD MUTUAL hoy SKANDIA debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Luz Amparo Giraldo Restrepo, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a

²⁹ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en este orden, se confirmará el fallo de primer grado.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en su oportunidad remitieron la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no las exime de devolver los valores cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido se confirmará la decisión de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³¹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando las AFP omiten su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Ahora, en punto al tema del enriquecimiento sin causa a favor de la demandante alegado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., cumple mencionar, lo adocinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, en el sentido que el enriquecimiento se configura cuando un patrimonio recibe aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique, contrario a la equidad y a la justicia, advirtiendo que para ordenar la devolución de los bienes correspondientes se deben reunir tres requisitos: (i) enriquecimiento o aumento injusto de un patrimonio; (ii) empobrecimiento correlativo de otro y; (iii) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, vale decir, sin fundamento jurídico. En este sentido, en el caso que nos ocupa no se acreditaron los condicionamientos de la existencia del enriquecimiento sin causa, por ende, se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que

³¹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³², por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³³.

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

³²CSI, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³³CSI, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 004 2019 00093 01
Ord. Luz Amparo Giraldo Restrepo Vs. Cospensiones y otras

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

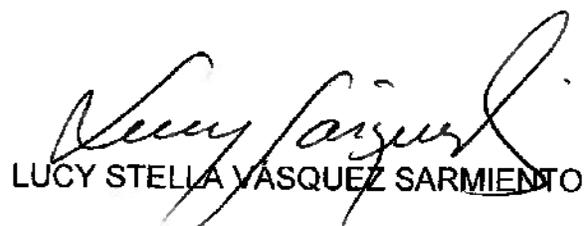
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE DORIS ASENCIO MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor



de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 22 de abril de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, por ende, siempre ha permanecido afiliada al RPM, en consecuencia, se ordene remitir a COLPENSIONES sus aportes; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 11 de febrero de 1960; cotizó 690 semanas al ISS de 26 de noviembre de 1980 a 31 de diciembre de 1994; el 12 de junio de 1995 se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A.; el 22 de mayo de 1998 se cambió a COLFONDOS S.A. y, posteriormente se pasó a PORVENIR S.A.; ha aportado 1751 semanas al sistema general de pensiones durante toda su vida laboral; su decisión de trasladarse no fue informada, autónoma y consiente, pues, no se le explicó de manera completa, integral y veraz las consecuencias del cambio de régimen pensional; el 22 de febrero de 2018 reclamó a COLPENSIONES la nulidad de traslado, negada con oficio de igual calenda; el 22 de febrero de 2018 solicitó a PROTECCION S.A. y a PORVENIR S.A. la nulidad o ineficacia de su traslado, copia de los documentos en que constara la información recibida al momento del traslado e, información sobre las variables para determinar el valor de la mesada pensional; con comunicación del siguiente día 28, PORVENIR S.A. respondió que no contaba con los soportes referentes a la asesoría ofrecida y, le era imposible acceder a



la petición de nulidad de traslado; con oficio de 01 de marzo de 2008 (sic), PROTECCIÓN S.A. contestó que era imposible suministrar documentos, ya que, las asesorías que presta son presenciales y el formulario de afiliación se presume legal, siendo improcedente la nulidad; el 22 de febrero de 2018, petitionó a PORVENIR S.A. simulación pensional, recibiendo respuesta con oficio de 02 de marzo de esa anualidad en que le informó que su mesada pensional sería de \$1'263.700.00 en el RAIS a los 58 años de edad, mientras que en el RPM ascendería a \$3'333.600.00¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado a esa AFP y, la solicitud de nulidad con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de declaración libre y espontánea de la accionante al momento de la afiliación a la AFP, su buena fe, prescripción y, genérica².

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES presentó oposición a los pedimentos; en cuanto a los supuestos fácticos admitió la calenda de nacimiento de la actora y, la reclamación administrativa con respuesta desfavorable. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad,

¹ CD folio 2, documento 01 páginas 107 a 120.

² CD folio 2, documento 01 páginas 172 a 181.



inexistencia de causal de nulidad, improcedencia de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, saneamiento de nulidad e, innominada³.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones, respecto a las situaciones fácticas dijo no constarle o no ser ciertas. Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y, genérica⁴.

Mediante auto de 23 de noviembre de 2020, el *a quo* ordenó vincular a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías como *litis* consorcio necesario por pasiva⁵, Administradora que rechazó el pedimento de imponer costas, respecto a los supuestos de hecho admitió la fecha de nacimiento de la convocante y el traslado. Se abstuvo de proponer excepciones⁶.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la nulidad del traslado de Doris Asencio Martínez del RPM al RAIS a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; ordenó a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas con rendimientos, frutos e intereses y; a la Administradora del RPM recibir los

³ CD folio 2, documento 01 páginas 128 a 142.

⁴ CD folio 2, documento 01 paginas 239 a 269.

⁵ CD folio 2, documento 01 páginas 301 a 304.

⁶ Folios 327 a 350.



aportes de la demandante y actualizar la historia laboral; absolvió a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones; sin imponer costas⁷.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, COLPENSIONES y, PORVENIR S.A. interpusieron sendos recursos de apelación⁸.

COLPENSIONES en suma arguyó, que no tuvo injerencia en el traslado, quien faltó al deber de información fue la AFP, entonces, es quien debe asumir el pago de la pensión correspondiente, de lo contrario debe devolver la totalidad de la cotización, esto es, con gastos de administración y seguros previsionales; además, la nulidad declarada afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

PORVENIR S.A. en resumen expuso, que no se evidenció un perjuicio a la demandante por el traslado, asimismo, se deben tener en cuenta los cambios horizontales que conforman actos de relacionamiento que acreditan la voluntad de la accionante, pues, ella indicó que buscaba una mejor rentabilidad como lo confesó en el interrogatorio de parte, entonces, sí tenía un conocimiento y, no era una afiliada lego, además, la ley solo exigía el diligenciamiento del formulario, en este orden, sí

⁷ CD folio 2, audio y acta de audiencia, páginas 651 a 656.

⁸ CD folio 2, audio.



cumplió el deber de información conociendo la actora los efectos de su afiliación al RAIS.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Doris Asencio Martínez estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 26 de noviembre de 1980 a 31 de julio de 1995, aportando 720.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de varios empleadores; el 12 de julio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de agosto siguiente; el 22 de mayo de 1998 se pasó a PORVENIR S.A., con efectos desde 01 de julio siguiente; el 01 de julio de 1998, se cambió a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de septiembre de esa anualidad; el 28 de febrero de 2008 se pasó a PORVENIR S.A., con efectividad desde 01 de abril de ese año; el 31 de octubre de 2012 se cambió a COLFONDOS S.A., efectivo a partir de 01 de diciembre de la anualidad en cita y; el 26 de agosto de 2014 regresó a PORVENIR S.A., con efectividad desde 01 de octubre siguiente; situaciones fácticas que se infieren de los formularios de vinculación a las AFP⁹, el reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES¹⁰, la historia válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹¹, la relación histórica de aportes y movimientos¹², la certificación¹³ y, la

⁹ CD folio 2, documento 01, páginas 16, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 35, 185

¹⁰ CD folio 2, documento CD folio 109.

¹¹ CD folio 2, documento 01, páginas 54 a 56

¹² CD folio 2, documento 01, páginas 36 a 41.

¹³ CD folio 2, documento 01, página 42.



historia laboral consolidada¹⁴ expedidas por PORVENIR S.A. y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁵.

Asencio Martínez nació el 11 de febrero de 1960, como da cuenta su cedula de ciudadanía¹⁶.

El 21 de junio de 2017, la demandante solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM como beneficiaria del régimen de transición¹⁷, negado con Oficio del siguiente día 28, bajo el argumento que no contaba con 15 años o más de servicios a 01 de abril de 1994, por ende, no reunía los requisitos de la Sentencia SU – 062 de 2010¹⁸.

El 22 de febrero de 2018, la actora solicitó a las enjuiciadas la nulidad de su traslado y copia de la información suministrada¹⁹; respondida por PORVENIR S.A. con Oficio del día 28 de los referidos mes y año, indicándole que no contaba con soportes de la asesoría brindada, en tanto, fue verbal, tampoco procedía su traslado, pues, le faltaban menos de 10 años de edad para pensionarse²⁰ y; con comunicación de 01 de marzo de siguiente, PROTECCIÓN S.A. le informó que las asesorías se realizaban de manera personal, que ella manifestó su voluntad a través del formulario de afiliación, que solo podía ser anulado por autoridad judicial competente²¹.

¹⁴ CD folio 2, documento 01, páginas 43 a 47.

¹⁵ CD folio 2, documento 01, páginas 188, 285 a 286 y 305 a 306.

¹⁶ CD folio 2, documento 01, página 4.

¹⁷ CD folio 2, documento CD folio 109.

¹⁸ CD folio 2, documento CD folio 109.

¹⁹ CD folio 2, documento 01, páginas 5 a 6, 7 a 12, 57 a 62, 66 a 70 y documento CD 109.

²⁰ CD folio 2, documento 01, páginas 63 a 65.

²¹ CD folio 2, documento 01, páginas 13 a 15 y 182 a 184



Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP²²; (ii) solicitud de 22 de febrero de 2018, en que la accionante petitionó a PORVENIR S.A. copia del formulario de afiliación y, simulación pensional²³; (iii) simulación de 02 de marzo siguiente, en que ésta AFP indicó a la actora que su mesada sería de \$1'263.700.00 a los 57 años de edad²⁴; (iv) proyección de 25 de noviembre de 2020 en que PORVENIR S.A. indicó a la demandante que su mesada sería de

²² CD folio 2, documento 01, páginas 73 a 106.

²³ CD folio 2, documento 01, páginas 18 a 19.

²⁴ CD folio 2, documento 01, páginas 20 a 21 y 49 a 53.



\$1'684.400.00 a los 60 años de edad²⁵ y; (v) expediente administrativo expedido por COLPENSIONES²⁶.

También se recibió el interrogatorio de parte de Doris Asencio Martínez²⁷.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 12 de julio de 1995, en el que se lee²⁸:

"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA, Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS."

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

²⁵ CD folio 2, documento 01, páginas 293 a 296.

²⁶ CD folio 2, documento CD folio 109.

²⁷ CD Folio 2, audio min. 10:10, dijo que se trasladó a COLMENA, porque fueron los asesores a la empresa donde trabajaba, les indicaron que el ISS se iba a acabar y las condiciones de pensión se mantenían, luego, pasaban de puesto en puesto y volvían decían que era el mismo fondo; se pasó a PORVENIR S.A., ya que, COLMENA se estaba acabando y había una oficina como a una cuadra, entonces, era el fondo más cercano; en 1998 se cambió a COLPATRIA porque había mayor rentabilidad, pero, no más; se devolvió a PORVENIR S.A., en tanto, le prometieron mayor rentabilidad; se pasó a COLFONDOS S.A. porque el asesor iba todo el tiempo, mientras que el de PORVENIR S.A. nunca iba; entiende por rentabilidad que el dinero que tiene no se pierde, sino que genera intereses; supo que el ISS se volvió COLPENSIONES; no se regresó al ISS hoy COLPENSIONES porque estaba tranquila en el fondo privado, pensando que los requisitos eran iguales; le llegan los extractos diciendo qué plata tiene, pero, no más, tampoco le han explicado nada más; no leyó la parte menuda de los formularios; nadie la obligó a firmar; en el ISS se debía cumplir unas semanas y 55 años de edad, en el RAIS no sabe bien como es la fórmula, solo dicen que es un capital, pero, existe diferencia entre las mesadas que se obtendrían, sin que entienda cuál es la razón; solo fue COLMENA a dar la charla; no fue a COLMENA porque estaba joven y en ese momento no tenía dudas.

²⁸ CD folio 2, documento 01, página 16.



Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁹; destacando además, que “... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**”³⁰.

Es que, recaía en COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

²⁹CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³⁰CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³¹.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de

³¹ CSJ, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Doris Asencio Martínez, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³², en este orden, se adicionará el fallo de primer grado.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. en su oportunidad remitieron la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación

³² CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



no las exime de devolver los valores cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido se revocará la absolución de primer grado respecto de estas AFP, atendiendo el reproche expuesto por COLPENSIONES en su apelación, además del grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³³, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando las AFP omiten su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

³³ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁴, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria**. Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³⁵. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

³⁴CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³⁵CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 005 2018 00147 01
Ord. Doris Asencio Martínez Vs. Colpensiones y otras

PRIMERO. – ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas, frutos e intereses, cuotas de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima descontados a la demandante, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión

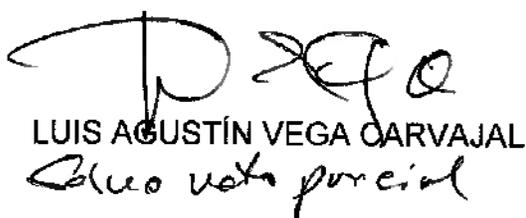
SEGUNDO.- REVOCAR el numeral quinto del fallo impugnado y consultado, para en su lugar, **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a la Administradora del RPM cuotas de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima descontados a la demandante.

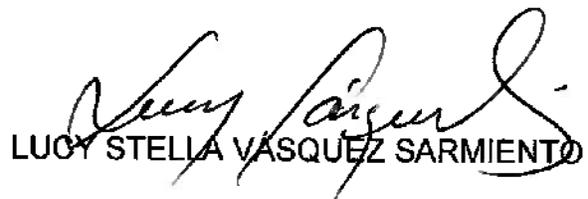
TERCERO.- CONFIRMAR la sentencia de primer grado en lo demás.

CUARTO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Quo voto parcial


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE EDISSON MANUEL
BARRETO MONDRAGÓN CONTRA UNIVERSIDAD DE LA SALLE.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022),
surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020
y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala
Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las partes, revisa la
Corporación el fallo de fecha 28 de mayo de 2021 y su adición de
igual calenda, proferidos por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito
de Bogotá.

ANTECEDENTES



El actor demandó la existencia de dos contratos de trabajo, vigentes de 01 de abril a 12 de diciembre de 2013 y, de 07 de marzo de 2014 a 16 de diciembre de 2015, último vínculo que la empleadora terminó sin autorización del Ministerio del Trabajo, pese a los accidentes de trabajo acaecidos que le generaron pérdida de capacidad laboral de 9.85%, en consecuencia, se ordene su reintegro a un cargo igual o de mejores condiciones laborales, con pago de salarios, primas de servicios, cesantías e intereses y sanción por falta de consignación, vacaciones, aportes a seguridad social desde 16 de diciembre de 2015, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación, ultra y extra *petita* y, costas¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que de 01 de abril a 12 de diciembre de 2013, laboró para la Universidad de La Salle en el cargo de Jardinero, mediante contrato de trabajo a término fijo, el 17 de junio de 2013 sufrió accidente de trabajo, por lo que, la empleadora diligenció el respectivo reporte ante la ARL e, informó al servicio médico, *in suceso* por el que padece graves y complejas alteraciones de salud en su rodilla derecha, sometido a terapias, controles e intervenciones médicas y, calificado por la ARL Seguros Bolívar con 9.85% de pérdida de capacidad laboral, vínculo que la Universidad terminó notificándole la no prórroga del contrato, sin solicitar permiso al Ministerio del Trabajo; el 21 de febrero de 2014 el Juzgado Veintiséis Penal de Conocimiento de Bogotá, vía tutela ordenó su reintegro provisional al cargo que venía ejerciendo, lo que generó que el 07 de marzo siguiente, suscribiera nuevo contrato de trabajo con la demandada, como Jardinero, acordando un salario de \$1'054.000.00; inició proceso ordinaria laboral contra la Universidad

¹ Folios 118 a 121.



de La Salle que terminó mediante conciliación de 23 de septiembre de 2014, con pago de lo adeudado por acreencias laborales, manteniendo el reintegro. El 16 de marzo de 2015, ocurrió un nuevo accidente de trabajo por la caída de su propia altura que le causó *“Esguince de Ligamentos Colaterales”* en rodilla derecha; el 25 de abril de ese año, a través de resonancia magnética se le diagnosticó *“Discreto aumento del líquido intra articular, quiste sinovial septado en la bursa semimembranoso – ligamento colateral tibial”*, tratado con terapia física e, intervenido quirúrgicamente, a pesar de ello, el 19 de octubre de la anualidad en cita, la Universidad le notificó la no prórroga del contrato de trabajo, efectuando examen laboral de egreso que resultó con diversas afectaciones de salud y, el 16 de diciembre de 2015, finalizó la vinculación contractual laboral, sin autorización previa del Ministerio del Trabajo; el 17 de marzo de 2016, se le dictaminó *“BURSITIS DE RODILLA”*; el 03 de mayo siguiente, fue nuevamente intervenido quirúrgicamente; presentó incidente de desacato ante el Juzgado Veintiséis Penal de Conocimiento, sin embargo, fue considerado improcedente por contener hechos nuevos no debatidos en la tutela inicial, por tanto, interpuso nueva solicitud de amparo constitucional y, el Juzgado Octavo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá amparó transitoriamente sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y, trabajo en conexidad con la estabilidad laboral reforzada, empero, a la fecha la enjuiciada no ha cumplido lo ordenado por el juez de tutela².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

² Folios 122 a 128.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Universidad de La Salle se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con excepción de la existencia del primer contrato y, la ocurrencia de dos accidentes de trabajo; en cuanto a los hechos aceptó la suscripción de dos vínculos contractuales laborales, sus extremos temporales de inicio y fin, el cargo, las fechas de los *in sucesos*, la calificación de PCL, las órdenes de tutela, la conciliación judicial, la práctica de examen de egreso y, la improcedencia del incidente de desacato. En su defensa propuso las excepciones de compensación, prescripción, pago y, su buena fe³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la existencia de dos contratos de trabajo a término fijo vigentes de 01 de abril a 12 de diciembre de 2013 y, de 07 de marzo a 17 de diciembre de 2014, sobre los que declaró la cosa juzgada en cuanto a las controversias surgidas atendiendo la conciliación judicial de 23 de septiembre de 2014 en el proceso ordinario laboral que cursó en el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá; declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente de 13 de enero a 16 de diciembre de 2015, que terminó por decisión de la Universidad de La Salle cuando Edison Manuel Barreto Mondragón se encontraba en estado de debilidad manifiesta y con fuero de salud conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997; declaró la ineficacia de la terminación del

³ Folios 163 a 167 y 180 a 189.



aludido contrato de trabajo de duración indefinida, en consecuencia, ordenó a la Universidad convocada a juicio pagar al demandante salarios, auxilio de cesantías con intereses, primas de servicios y, vacaciones causadas de 17 de diciembre de 2015 a 20 de abril de 2017, debidamente indexadas al momento de pago, conforme a los IPC, siendo el inicial el de causación de cada salario o prestación y, como final el de la fecha efectiva de pago, teniendo como salario base \$1'054.000.00; a pagar la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en cuantía de \$6'324.000.00, suma que debe ser indexada al momento del pago de acuerdo al IPC inicial de 16 de diciembre de 2015 y, final el de la calenda en que se efectúe el pago; absolvió a la demandada de lo demás; declaró no probadas las excepciones propuestas e; impuso costas a la accionada⁴.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las partes interpusieron sendos recursos de apelación⁵.

Edisson Manuel Barreto Mondragón en resumen expuso, que está parcialmente inconforme con la decisión del *a quo*, porque, negó la condena por falta de consignación de cesantías a un fondo, pues, si bien fueron canceladas las de 2015 a la terminación de la relación laboral, en la liquidación de prestaciones sociales no se tuvo en cuenta la orden de pago de salarios impartida de 17 de diciembre de

⁴ CD y Acta de Audiencia, Folios 216 a 220.

⁵ CD Folio 216.



2015 a 07 de abril de 2017, por lo que, la universidad también tiene obligación de sufragar las demás cesantías, máxime cuando se determinó la ineficacia del despido y, el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales; en todo lo demás se encuentra de acuerdo.

La Universidad de La Salle en suma arguyó, que la decisión del *a quo* adolece de errores como (i) dar por demostrada la estabilidad laboral reforzada del demandante sin estarlo, (ii) no dar por demostrado estándolo que el actor no promovió la acción laboral dentro del término señalado en por el juez constitucional y, (iii) dar por demostrado el despido sin justa causa, cuando finalizó por causa legal, vencimiento del termino convenido entre las partes, lo anterior, en razón a la apreciación equivocada del interrogatorio de parte del accionante, la falta de apreciación de las sentencias proferidas por los jueces constitucionales, en este orden, el convocante confesó a) que fue reintegrado por la Universidad, conforme lo ordenó el juez de tutela el 17 de diciembre del 2014, b) que se le renovó el contrato a término fijo de 13 de enero a 16 de diciembre de 2015, recibiendo preaviso de terminación el 19 de octubre de esa anualidad, c) que el ortopedista le dio alta médica, pero quedó en tratamiento por la clínica del dolor, d) que la orden médica de 23 de octubre de 2015 estableció que no tenía lesiones estructurales en la rodilla, por ende, podía reincorporarse a su actividad laboral y de deportes sin restricciones y, e) que participó como arquero en el equipo de microfútbol de la Universidad; en consecuencia, no está probada la estabilidad laboral reforzada concedida por el juzgador de primer grado, en este orden, se debe revocar íntegramente la sentencia.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Edison Manuel Barreto Mondragón laboró para la Universidad de La Salle, mediante cinco contratos de trabajo a término fijo, vigentes de (i) 01 de abril a 12 de diciembre de 2013, (ii) 07 de marzo a 17 de diciembre de 2014, (iii) 13 de enero a 16 de diciembre de 2015⁶, (iv) 21 de abril a 13 de diciembre de 2017 y, (v) 10 de enero de 2018 a 11 de enero de 2019, en el cargo de Jardinero; situaciones fácticas que se coligen de los referidos contratos de trabajo⁷, los preavisos de terminación⁸, las liquidaciones definitivas de prestaciones sociales aportadas⁹, lo aceptado por la Universidad al contestar la demanda¹⁰ y, la presunción de veracidad aplicada por el *a quo* ante la inasistencia del representante legal de la demandada a la audiencia obligatoria de conciliación, así como a absolver interrogatorio de parte¹¹.

El Juzgado Veintiséis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia de tutela de 21 de febrero de 2014 amparó los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada de Barreto Mondragón, ordenando su reintegro a un cargo igual o superior al que desempeñaba, de acuerdo con su estado de salud y, bajo la

⁶ Último contrato, antes de las órdenes de reintegro impartidas por los jueces Constitucionales.

⁷ Folios 38, 151, 154, 155 y 161.

⁸ Folios 9 y 40.

⁹ Folios 156 y 160.

¹⁰ Respuesta a los hechos 1º a 5º, 7º, 10º a 14º, 25º, 27º, 28º y 35º a 39º.

¹¹ CD y Acta de Audiencia, Folios 194 a 196, la presunción de ser ciertos los hechos, recayó sobre los contenidos en los numerales 1º a 4º, 8º a 12º, 15º, 16º, 24º, 25º, 27º, 28º, 35º, 39º, 40º y 42º.



misma modalidad laboral contractual, exhortando al actor para que dentro del término de 04 meses acudiera a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral para resolver en forma definitiva el problema jurídico de la acción, así como el pago de salarios y demás prestaciones dejadas de percibir¹².

El 23 de septiembre de 2014, Barreto Mondragón y la Universidad demandada suscribieron acuerdo de conciliación ante el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de única instancia radicado bajo el N° 11001 41 03 001 2014 – 00367¹³.

El Juzgado Octavo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá a través de sentencia de tutela de 02 de noviembre de 2016, amparó los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y, trabajo en conexidad con la estabilidad laboral reforzada de Edison Manuel Barreto Mondragón, como mecanismo transitorio hasta que el juez laboral resolviera vía ordinaria y, ordenó a la Universidad de La Salle reintegrar al actor a sus labores, en las mismas o mejores condiciones, atendiendo sus quebrantos de salud¹⁴.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

¹² Folios 20 a 37.

¹³ Acta de Audiencia, Folios 18 y CD folio 117.

¹⁴ Folios 56 a 60.



ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La Sala se remite a los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹⁵, así como a la sentencia de exequibilidad de dicho precepto¹⁶. En punto al tema de la estabilidad ocupacional reforzada, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que (i) la prohibición establecida en dicha regla jurídica se refiere a despidos motivados en razones discriminatorias, siendo entonces legítima la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa; (ii) si en un proceso laboral el trabajador acredita su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, con el pago de salarios y prestaciones insolutos, además, la sanción de 180 días de salario y, (iii) la autorización del inspector del trabajo se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sea incompatible e insuperable con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, de modo que la omisión de dicha obligación implica la ineficacia del despido y el pago de los salarios, prestaciones y sanciones establecidas en la ley¹⁷.

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia SU – 049 de 02 de febrero de 2017, unificó su jurisprudencia señalando que *“según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango*

¹⁵ Conforme a la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 458 de 2015, se reemplazan las palabras “limitación” y “limitada” por las expresiones “discapacidad” o “en situación de discapacidad”.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 531 de 2000.

¹⁷ CSJ, Sala Laboral SL1360 de 11 de abril de 2018, reiterada en sentencia SL 260 de 30 de enero de 2019.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 016 2017 00145 03
Ord. Edisson Barreto Vs. Universidad de La Salle

reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente”¹⁸.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la Universidad convocada a juicio¹⁹, (ii) cédula de ciudadanía del demandante²⁰, (iii) formularios de la ARL Seguros Bolívar referentes a informe de accidente de trabajo del empleador o contratante, diligenciados los días 18 de junio de 2013 y 10 de marzo de 2015²¹, (iv) dictamen N° 099 – 14 de 03 de marzo de 2014 emitido por la ARL Seguros Bolívar otorgando al actor PCL de 9.85%, de origen profesional, con fecha de estructuración de 17 de junio de 2013²², (v) acta de reparto de 02 de mayo de 2014, ante el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, acompañado del escrito inicial²³, (vi) cheque N° 42243 – 7 por \$2'500.000.00 a favor de Barreto Mondragón²⁴, (vii) historia clínica del convocante²⁵, (viii) escrito de 11 de julio de 2014 dirigido por la ARL Seguros Bolívar a la Universidad de La Salle, enlistando recomendaciones y/o restricciones médico laborales por un año para el accionante²⁶, (ix) formato de historia médico ocupacional de la Institución Educativa demandada, con fecha 13 de enero de 2016²⁷ y, (x) dictamen N° 1033678244 – 9965 de 26 de junio de

¹⁸ En concordancia con el reciente pronunciamiento emitido en la sentencia C – 200 de 2019.

¹⁹ Folios 7 y 148.

²⁰ Folio 8.

²¹ Folios 10 y 39.

²² Folios 11 a 13.

²³ Folios 14 a 17.

²⁴ Folio 19.

²⁵ Folios 65 a 96 y 100 a 114.

²⁶ Folios 97 a 98.

²⁷ Folio 116.



2018, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, determinando al demandante PCL de 12.90%, con fecha de estructuración de 05 de enero de 2017, con origen en accidente de trabajo²⁸. También se recibió el interrogatorio de parte de Edisson Manuel Barreto Mondragón²⁹.

Ante la inasistencia del Representante Legal de la Universidad de La Salle a la audiencia obligatoria de conciliación, así como a absolver interrogatorio de parte, el operador judicial de primer grado presumió ciertos los hechos de la demanda 1° a 4°, 8° a 12°, 15°, 16°, 24°, 25°, 27°, 28°, 35°, 39°, 40° y 42°³⁰.

Pues bien, los medios de persuasión reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que el 17 de junio de 2013, Barreto Mondragón sufrió accidente calificado por la ARL Seguros Bolívar como laboral³¹, el 16 de marzo de 2015 nuevamente

²⁸ Folios 172 a 178.

²⁹ CD Folio 194, min. 01:01:55. Edisson Manuel Barreto Mondragón, Bachiller. Dijo que es Jardinerero de la Universidad de La Salle, fue reintegrado en abril de 2015, se le renovó el contrato a término fijo de 13 de enero a 16 de diciembre de 2015, recibió preaviso de no renovación del contrato el 19 de octubre del 2015, el 23 de octubre de 2015 el medico ortopedista expidió una certificación donde dice que le da el alta médica, pero que debe tener tratamiento en la clínica del dolor; promovió juicio de tutela contra la Universidad por desacato, sin embargo, no hubo desacato; fue reintegrado en abril de 2015; la orden médica de 23 de octubre de 2015, estableció que no tenía lesiones estructurales en la rodilla, dolor controlado mediante manejo por clínica del dolor y, que podía reincorporarse a la actividad laboral y deportista sin restricciones, pero cuando trabajaba tenía recomendaciones laborales para no efectuar ciertos trabajos por las complicaciones de salud en su rodilla; participó en la copa navidad 2015 como portero, debido a que tenía permitido jugar por tres minutos en cada tiempo de juego, así como una persona para hacer calentamiento en la rodilla antes de jugar, no fue contratado por la Universidad para jugar futbol, sin embargo, es un evento de integración para los trabajadores, se inscribió voluntariamente, Adriana Olarte lo llamó para decirle que podía participar solo tres minutos por tiempo, debía tener un buen calentamiento para jugar como portero, de eso pueden dar fe los jugadores de su equipo y las personas que participaron; ha tenido autocuidado con la rodilla para no verse afectado, lo único que hizo en contra de su rodilla fue jugar por 15 días como portero.

³⁰ Folios 194 a 196.

³¹ Folios 10 a 13.



ocurrió un *in suceso*³², siendo tratado por la ARL mencionada y, las Clínicas del Dolor y de Occidente, de 25 de abril de 2015 a 10 de junio de 2016, periodo en que se le diagnosticó *"TENDINITIS ROTULIANA"*, *"CONTUSIÓN DE OTRAS PARTES Y LAS NO ESPECIFICADAS DE LA PIERNA"*, *"Discreto aumento del líquido intra articular. Quiste sinovial septado en la bursa semimembranoso – Ligamento colateral tibial"*, *"OTRAS BURSITIS DE LA RODILLA"* y *"CONTUSIÓN DE LA RODILLA. ESGUINCES Y TORCEDURAS DE OTRAS PARTES Y LAS NO ESPECIFICADAS DE LA RODILLA"*³³, además, fue calificado por la ARL debido a las patologías *"TRAUMA EN VARO RODILLA DERECHA"* y *"LESIÓN DE MENISCO MEDIAL"* con PCL de 9.85%, estructuradas el 17 de junio de 2013 – *data* del primer accidente de trabajo –, de origen profesional³⁴, posteriormente, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez aumentó la PCL a 12.90% por los diagnósticos de *"1. Otros trastornos de los meniscos – menisco medial rodilla derecha. 2. Tendinitis rotuliana – derecha"*, manteniendo el origen laboral, sin embargo, modificó la fecha de estructuración a 05 de enero de 2017³⁵. Barreto Mondragón fue sometido a intervenciones quirúrgicas los días 15 de septiembre de 2015 y 03 de mayo de 2016 en la institución médica MEDIPORT³⁶.

En adición a lo anterior, el 11 de julio de 2014 la ARL Seguros Bolívar expidió recomendaciones y/o restricciones médico laborales al accionante con vigencia de un año³⁷ y, el 10 de junio de 2015, Mónica Castro integrante del COPASST de la

³² Folio 39.

³³ Folios 65 a 96 y 100 a 114.

³⁴ Folios 11 a 13.

³⁵ Folios 172 a 178.

³⁶ Folios 85 a 89 y 112 a 114.

³⁷ Folios 97 a 98.



Universidad demandada, suscribió formato de verificación de cumplimiento de recomendaciones y/o restricciones médico laborales, transcribiendo lo aconsejado por la ARL³⁸.

Siendo ello así, aunque el 23 de octubre de 2015, el demandante recibió alta médica por la especialidad de ortopedia, permitiéndole el regreso a la actividad laboral y deportiva sin restricciones y, pese a que no se demostró que para 16 de diciembre siguiente – fecha de desvinculación – se encontrara con incapacidad médica, si estaba en estado de debilidad manifiesta por su condición de salud, tanto que con posterioridad a la última *data* continuó recibiendo tratamiento médico, se le practicaron procedimientos quirúrgicos de *“INYECCIÓN O INFILTRACIÓN DE SUSTANCIA TERAPÉUTICA DENTRO DE BURSA”* e, *“INYECCIÓN O INFILTRACIÓN DE SUSTANCIA TERAPÉUTICA DENTRO DE TENDÓN”*, que le generaron siete (07) días de incapacidad e, incluso se consignó en el formato de historia médico ocupacional suscrito el 13 de enero de 2016 por la médico especialista en salud ocupacional de la Universidad de La Salle: *“OSTEOMUSCULAR Dolor en muñeca derecha (...) DERMATOLÓGICO Dolor en rodilla derecha (...) OBSERVACIONES: Manejo de dolor clínica del dolor (...) APTO CON LIMITACIONES O RESTRICCIONES”*.

En lo atinente a las fechas de prórroga y terminación de la relación laboral, cumple precisar que no se discute entre las partes la existencia de los dos primeros vínculos contractuales laborales,

³⁸ Folio 92.



esto es, los vigentes de (i) 01 de abril a 12 de diciembre de 2013 y, (ii) de 07 de marzo a 17 de diciembre de 2014, centrándose la discusión en torno a la terminación del tercero de los contratos, es decir, el que se extendió (iii) de 13 de enero a 16 de diciembre de 2015³⁹, cuyo preaviso de no renovación se comunicó al trabajador el 19 de octubre de esa anualidad⁴⁰, sin atender su condición de salud y, sin que en juicio se infirmara la presunción del despido discriminatorio, pues, no configuró causal objetiva la expiración del plazo fijo pactado, menos aun cuando los reintegros se han dado al mismo cargo de Jardinero, que significa que se mantienen las causales que dieron origen al contrato.

En este orden, a la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, en consecuencia, su despido lo colocó en situación de desprotección, más cuando en dos ocasiones, jueces Constitucionales habían ordenado su reintegro, por ende, se reitera, la desvinculación se presume tuvo origen en su condición de salud, en tanto, obedeció a una decisión unilateral del empleador, que tampoco contó con autorización de la autoridad administrativa del trabajo.

De lo expuesto se sigue, que el reintegro ordenado en forma transitoria como amparo constitucional, deba ser definitivo, así como el restablecimiento del contrato de trabajo en iguales

³⁹ Último contrato, antes de las órdenes de reintegro impartidas por los jueces Constitucionales.

⁴⁰ Folio 40.



condiciones y modalidad, que impone confirmar en este aspecto el fallo de primer grado.

SANCIÓN POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS

La Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como a la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Corte Suprema de Justicia, en cuyos términos, dicha sanción no es de carácter automático ni inexorable, entonces, si el empleador acredita en el proceso que su actuar estuvo revestido de buena fe, a través de medios de convicción y argumentos válidos que justifiquen su conducta omisa, se le debe absolver⁴¹.

En el *examine*, aunque se declaró la ineficacia del despido acaecido el 16 de diciembre de 2015, ello no es suficiente para considerar la falta de consignación del auxilio de cesantías a un fondo como una actuación de mala fe de la Universidad convocada a juicio, por el contrario, desde las propias pretensiones del *libelo incoatorio* se logra establecer que a la finalización del vínculo contractual laboral la empleadora pagó lo correspondiente a auxilio de cesantías, así, lo

⁴¹ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia 32529 de 05 de marzo de 2009.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 016 2017 00145 03
Ord. Edison Barreto Vs. Universidad de La Salle

reclamado solo fue lo causado con posterioridad a la referida *data*, en ese sentido, la controversia frente al pago del auxilio de cesantías solo se resolvió en juicio, que impone la absolución de tal condena, en consecuencia, también en este tema se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

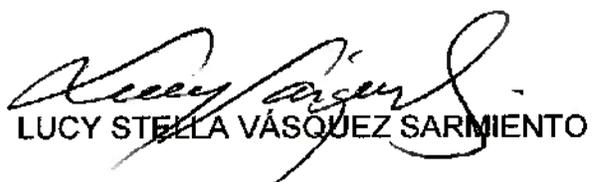
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARQUIRIAM RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ CONTRA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y, FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. - FIDUCOLDEX, COMO INTEGRANTES DEL CONSORCIO SAYP 2011.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 06 de mayo de 2021, proferido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare (i) la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con las enjuiciadas, integrantes del Consorcio SAYP 2011, que terminó sin justa causa desconociendo su condición de pre pensionada y, (ii) la nulidad del acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento; en consecuencia, se ordene su reintegro al cargo que desempeñaba hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados, con pago de salarios, cesantías con intereses, vacaciones, primas de servicios, cotizaciones a pensión, costas, *ultra y extra petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 04 de julio de 2013, suscribió con el Consorcio SAYP 2011 contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Directora de Recaudo y Conciliaciones, vínculo laboral que el 28 de septiembre de 2017 la empleadora finalizó en forma unilateral e injusta, fecha en que encontrándose en la sala de juntas, el Jefe de la Unidad de Servicios Administrativos y Gestión Humana le entregó una invitación al plan de retiro diseñado por la empleadora, acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento, autorización para toma de exámenes y, liquidación definitiva, documentos que suscribió bajo presión psicológica, económica y jurídica, debido a que se le indicó que no tenía derecho a la protección especial constitucional como pre pensionada, según concepto emitido por asesores del CONSORCIO, sin embargo, nunca le entregaron ese concepto, tampoco le otorgaron tiempo suficiente para tomar la decisión de firmar el señalado acuerdo;

¹ Folios 24 a 25.



interpuso acción de tutela contra las demandadas en procura de proteger su derecho a la estabilidad laboral reforzada por cumplir el *status* de pre pensionada².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Fiduciaria La Previsora S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y, Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX, integrantes del Consorcio SAYP 2011, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitieron la vinculación contractual laboral de la actora, el extremo temporal inicial y, la presentación de una acción de tutela. En su defensa propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de derecho, razón objetiva para finalizar el vínculo laboral, validez del acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento, inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia del fuero de prepensionada, prescripción, compensación, su buena fe y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida entre Marquiriam Rodríguez Gutiérrez y, el Consorcio SAYP 2011, vigente de 04 de julio de 2013 a 28 de septiembre

² Folios 22 a 24 y 45 a 46.

³ Folios 171 a 191.



de 2017; absolvió de todas las pretensiones a Fiduciaria La Previsora S.A. y, a Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A., integrantes del Consorcio SAYP 2011; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido e; impuso costas a la actora⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que en el asunto se fijó el litigio para determinar la existencia del contrato de trabajo, la nulidad por vicios del consentimiento del acuerdo suscrito y, su estabilidad laboral, el *a quo* encontró probado la existencia del vínculo contractual laboral, no así los vicios del consentimiento aunque demostró la inducción en error, al ser llamada sin saber que era para firmar un acuerdo de retiro, menos siendo pre pensionada, por el contrario, pensó que le modificarían su contrato o la enviarían para otro consorcio, es decir, desconocía que suscribiría una renuncia a sus derechos, además, hubo fuerza, pues, siendo las 05:00 p.m. se le pidió que firmara inmediatamente el documento, aunque ello no había sido autorizado por el Ministerio de Trabajo, como lo corroboró el testigo Álvaro Ayala al manifestar que enviaron unas situaciones a esa entidad referentes a personal en estado de embarazo y con condiciones especiales de salud, pero, en ningún momento remitieron casos de personas pre pensionadas; y, si bien se firmó el documento, al día siguiente envió un escrito al Director de Recursos Humanos Jorge

⁴ Audio y Acta de Audiencia, Folios 221 a 224.



Rincón, exponiendo su desacuerdo por la forma en que había sido engañada e, indicando que a pesar de la terminación del contrato a término indefinido, no renunciaba a sus derechos labores; a su vez, con su cédula de ciudadanía probó que nació el 27 de mayo de 1963 y, cuenta con 57 años de edad; no se tuvo en cuenta el dicho de los deponentes en cuanto a que el plan de negociación había sido público y, luego fue individual; la testigo Luz Esperanza Medina aseguró que para las personas con contrato a término indefinido había otras condiciones y, que ella se percató del estado de *shock* en que entró luego de firmar el acuerdo. Las demandadas aceptaron la interposición de una acción de tutela en procura de la protección de su estabilidad laboral reforzada por cumplir los requisitos de persona prepensionada, es decir, que se encontraba a menos de tres años para adquirir su pensión, por eso no se discutía en este caso esa situación⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso que Marquiriam Rodríguez Gutiérrez laboró para el Consorcio SAYP 2011, integrado por las sociedades Fiduciaria La Previsora S.A. y, Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A., mediante contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 04 de julio de 2013 a 28 de septiembre de 2017, como Directora de Control de Recaudos y Conciliaciones, con un último salario de \$6'933.435.00; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo⁶, el acta de terminación del contrato por mutuo

⁵ CD Folio 221.

⁶ Folios 12 a 13 y 52 a 55.



consentimiento⁷, la liquidación definitiva⁸, las certificaciones laborales aportadas⁹ y, lo aceptado por las convocadas a juicio al contestar la demanda¹⁰.

El Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá mediante sentencia de 31 de octubre de 2017, negó por improcedente la acción de tutela instaurada por Marquiriam Rodríguez Gutiérrez contra del Consorcio SAYP 2011¹¹, decisión confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con providencia de 15 de diciembre siguiente¹².

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

VALIDEZ DEL ACTA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

La Sala se remite a los términos de los artículos 13 y 14 del CST, sobre (i) mínimo de derechos contenidos en las leyes sociales e, (ii) irrenunciabilidad y carácter de orden público de los derechos laborales,

⁷ Folios 15 a 16 y 61 a 62.

⁸ Folios 21 y 63.

⁹ Folios 66 a 68

¹⁰ Respuesta al hecho 1.1.

¹¹ Folios 99 a 106.

¹² Folios 107 a 119.



respectivamente, así como al artículo 1508 del Código Civil sobre vicios del consentimiento.

En punto al tema de los derechos ciertos e indiscutibles, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha adoctrinado que un derecho será cierto, real, innegable, cuando **no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen** y exista certeza que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace entonces que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación, no el hecho que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, bastaría que el empleador o, a quien se le atribuya esa calidad, **niegue** o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, que desde luego no corresponde al objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales contenidos en las leyes sociales¹³.

Además de los instrumentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las enjuiciadas¹⁴, (ii) reclamación administrativa radicada el 31 de mayo de 2018¹⁵, (iii) carta de invitación al plan de retiro voluntario¹⁶, (iv) escrito de notificación de iniciación de trámite de permiso ante el Ministerio del

¹³ CSJ, Sala Laboral, Sentencias Rad. 29332 de 14 de diciembre de 2007 y 46702 de 6 de Agosto de 2014.

¹⁴ Folios 4 a 11, 158 a 164, 166 a 170 y, 211 a 216.

¹⁵ Folios 3 y 146.

¹⁶ Folios 14 y 60.



Trabajo de 28 de junio de 2017¹⁷, (v) derecho de petición de 07 de noviembre de 2017 y su respuesta de 04 de diciembre siguiente, a través de la que el Ministerio de Trabajo indicó que no registra solicitud de autorización de despido radicada por el Consorcio SAYP 2011, respecto de Marquiriam Rodríguez Gutiérrez¹⁸, (vi) misiva de 29 de septiembre de 2017, en que la demandante precisó que no renunciaba a sus derechos laborales como pre pensionada, acompañada del acuse de recibido¹⁹, (vii) manual de funciones del cargo de Director de Control de Recaudos y Conciliaciones²⁰, (viii) solicitud de expedición de certificaciones laborales suscrita por la accionante dirigida al “*Consorcio Sayp en Liquidación*”²¹, (ix) contestación a la acción de tutela impetrada por Rodríguez Gutiérrez²², (x) consulta de afiliaciones en el Sistema Integral de Información de la Protección Social – SISPRO²³ y, (xi) contrato de encargo fiduciario N° 0467 de 2011²⁴.

¹⁷ Folio 17.

¹⁸ Folios 18 y 19.

¹⁹ Folios 20, 64 y 65.

²⁰ Folios 56 a 59.

²¹ Folio 69.

²² Folios 71 a 98.

²³ Folios 120 a 122.

²⁴ Folios 123 a 145.



Se recibió el interrogatorio de parte de Marquiriam Rodríguez Gutiérrez²⁵, así como los testimonios de María Fernanda Zabarain Urbina²⁶, Luz Esperanza Medina Rojas²⁷ y, Álvaro Ayala Aristizábal²⁸.

²⁵ CD Folio 221, Parte 1, Min. 00:37:00. Marquiriam Rodríguez Gutiérrez, Economista. Dijo que el encargo fiduciario que administraba el Consorcio SAYP 2011, relacionado con los recursos de salud del sistema de seguridad social no ha finalizado, pues, todavía no ha salido la liquidación total, hay cuatro funcionarios trabajando ahí, no ha terminado formalmente haciendo su balance económico, sabe que el Consorcio SAYP 2011 se encuentra en trámite de ser liquidado; no le pasaron un plan de retiro voluntario, sino una carta diciendo que le iban a pedir permiso al Ministerio de Trabajo, le dijeron que solicitarían un concepto a la firma Eslabón y se lo entregarían para que viera que si la podían sacar, sin embargo, no fue incluida en ninguna lista ante el Ministerio; el contrato de trabajo no terminó por mutuo consentimiento, lo que sucedió fue que la llamaron el jueves 28 de septiembre a la oficina de juntas con el doctor Jorge Rincón, en diez minutos le dijo que necesitaban unos documentos para la FIDUCIARIA, le dijeron que era el plan de retiro voluntario, pero no le entregaron copia porque eso lo necesitaban con urgencia las Fiduciarias, pero cuando miró la carta se asombró y volvió a preguntar y le reiteraron que el abogado le había dicho que la podían retirar, al día siguiente estaba mal porque su hermano le dijo que tenía derecho pre pensional, por la tarde fue donde el "Doctor" y, él le dijo que estaba en una situación similar porque tenía 61 años, que se buscara un buen abogado y le contara; tuvo muchos inconvenientes para que le entregaran una copia de lo que firmó, dado que no tenía la firma del doctor José del Carmen y la ingeniera Nelsy, acudió donde el doctor Ayala y le dijo que quién la mandó a firmar, no pudo volver a entrar y le quitaron el computador; firmó el acta de terminación del contrato y la carta de invitación al plan de retiro voluntario, pero lo hizo el 28 y no el 30 de septiembre, tampoco hubo testigos, no firmó por mutuo acuerdo, sino por un error, un engaño, una encerrona terrible; el Consorcio SAYP le pagó una bonificación de \$23.090.138.00, a pesar que pidió que no lo hicieran, abusaron de su confianza para la firma de la terminación del contrato por mutuo consentimiento; estaba afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, estuvo más de 10 años cotizando con el salario mínimo; le comentó su situación pensional a la Gerente del CONSORCIO, Liliana, le comentó que se había presentado a un concurso de COLPENSIONES y que estaba salvada porque tenía retén social, no informó de forma escrita; asistió a los comités de directivos del CONSORCIO, en esos comités siempre se levantaba acta de todo, en ninguno se trató el tema del plan de retiro voluntario, de eso se enteró cuando le pasaron un oficio que el doctor Jorge iba a pasar al Ministerio de Trabajo; Luz Esperanza Medina Rojas, no fue testigo de la firma del plan de retiro, pero sí de su conmoción; no leyó el mutuo acuerdo que firmó porque no tuvo tiempo de leerlo, pero entendía que se refería a que se le terminaría su contrato, la indujeron a un error porque supuestamente tenían un concepto del Ministerio de Trabajo, firmó también porque quien se lo pidió fue el doctor Jorge, quien era el Jefe de Recursos Humanos; con un oficio les indicaron que como el CONSORCIO se iba a acabar por la ley con la que nace el ADRES, los invitaban al plan de retiro voluntario, no hubo socialización, el llamado a firmar el acuerdo fue de forma individual.

²⁶ CD Folio 221, Parte 1, Min. 00:10:45. María Fernanda Zabarain Urbina, Economista. Depuso que es Gerente de Negocios Inmobiliarios Públicos de la Fiduciaria Bogotá, estuvo vinculada al Consorcio SAYP desde su inicio y, hasta la terminación del contrato de encargo fiduciario, posteriormente se vinculó al proceso de liquidación por dos años más, es decir, estuvo hasta el 31 de julio de 2017 y, luego hasta mayo de 2019, inició el 01 de octubre de 2011; conoció a la demandante porque fueron compañeras de trabajo, ella era Directora de Recaudo; para todos los empleados del CONSORCIO hubo un plan de retiro voluntario, con ocasión de la terminación del contrato cuyo término definió el Ministerio de Salud y Protección Social, en el caso de la actora, se le ofreció el plan de retiro voluntario luego de su socialización con todos los empleados del CONSORCIO, se llamaban individualmente, pero previamente fue socializado en los comités directivos, todo el personal conocía que se iba a aplicar el plan de retiro voluntario, Marquiriam hacía parte de los comités directivos, tuvieron oportunidad de formular inquietudes, no recuerda si les dieron un día o dos para estudiar el plan de retiro; lo que ofrecían era la liquidación legal y un porcentaje adicional a la liquidación, no sabe si era diferencial por cargo, en su caso fue el 5% adicional a la liquidación, no sabe qué pasaba si alguna persona se negaba a aceptar el plan de retiro; el contrato de encargo fiduciario que se tenía, por el que estaba constituida la unidad de gestión del consorcio SAYP, era a término definido, inicialmente iba de 01 de octubre de 2011 y por 5 años o 59 meses, luego se prorrogó hasta 31 de julio de 2017 y se liquidó; la demandante tenía un contrato a término indefinido, no conoce de fuerza o amenazas a la actora para que suscribiera el plan de retiro; no está segura de conocer a Luz Esperanza Medina Rojas, conoció a Álvaro Ayala Aristizábal, era el Director del Área Jurídica, a él también le hicieron el ofrecimiento del retiro voluntario, pero como parte jurídica. La liquidación del CONSORCIO estuvo relacionada con la creación del ADRES, eso se dio el 31 de julio de 2017; desconoce si a la actora le ofrecieron el plan de retiro voluntario, así como si lo aceptó, o si le pagaron alguna bonificación. Había un testigo para la firma del plan de cada uno, el llamado lo hacía el Director de Recursos Humanos, Jorge Enrique Rincón, no recuerda quien lo acompañaba; el Consorcio SAYP 2011 existió de 2011 a julio de 2017, después de esa fecha hubo un reducido número de personal para hacer la entrega a ADRES, no sabe si ello continuó.

²⁷ CD Folio 221, Parte 1, Min. 01:07:00. Luz Esperanza Medina Rojas, Ingeniera Industrial. Manifestó que la demandante fue su compañera de trabajo en el consorcio SAYP entre 2016 y 2017, fue Profesional Especializada del BDU y ella Jefe de Recaudo; del plan de retiro voluntario que fue ofrecido no tuvo conocimiento de sus términos, dado que tenía un contrato de obra labor, lo que se comentaba es que el CONSORCIO entraría en liquidación y a todas las personas que estaban con contrato de término indefinido les estaban dando indemnizaciones para que se acogieran, las personas tenían la posibilidad de rechazarlo, la actora firmó ese acuerdo y luego cuando la vio estaba muy congestionada, porque no entendía en qué momento había firmado, ni por qué la habían llamado siendo pre pensionada, le dijo que habían solicitado el permiso al Ministerio del Trabajo, sin embargo a otras personas pre pensionadas no las llamaron; no estuvo presente cuando se le propuso a la actora el plan de retiro voluntario, Jorge Rincón los llamaba individualmente, incluso al día siguiente día la llamaron a firmar el acuerdo; todas las personas que estaban a término indefinido las fueron sacando progresivamente, por lo que supone que los términos eran iguales para todos, los retiros fueron progresivos, no fueron todos el mismo día, eso inició en el mes de julio, cuando inició la administradora de recursos del sistema de seguridad social en salud, desde esa época fue de conocimiento general que se estaba dando el retiro voluntario de los trabajadores, pero antes se sabía que se entraría en liquidación; no sabe si la actora escuchó algo antes de firmar su retiro. La demandante firmó el acuerdo de retiro el 28 de septiembre del 2017, lo que tiene presente porque la llamaron al día siguiente, a todos los llamaban al quinto piso, al despacho de la gerencia, allí estaba Jorge Rincón, en su caso no hubo testigo, la actora el día que firmó estaba muy impresionada, bajó llorando, como dos o tres personas le preguntaron sobre qué le había pasado y, ella



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 009 2019 00157 01
Ord. Marquiriam Rodríguez Vs. Fiducoldex y Otra

Cabe precisar, que si bien en el documento denominado “ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO”, se registró como fecha de suscripción el 30 de septiembre de 2017, de la comunicación del día 29 de los referidos mes y año se colige que en realidad el acta se suscribió el anterior día 28, pues, la demandante afirmó que la había recibido “el día de ayer”²⁹, lo que corroboró la Gerente del Consorcio SAYP 2011 al acusar el recibido de dicha comunicación, precisando como asunto “Respuesta a su comunicación de 29 de septiembre de 2017”, asimismo, la testigo Luz Esperanza Medina Rojas narró que la actora firmó el acuerdo de retiro el 28 de septiembre del 2017, situación que tuvo presente, pues, a ella – la testigo - la llamaron al día siguiente; además al exponer los hechos y omisiones en que fundó sus pretensiones, la accionante narró que la invitaron a suscribir dicho acuerdo y que así lo hizo el 28 de septiembre de 2017.

solo comentó que había firmado un documento, pero que no creía lo que había pasado; la mayoría de personas conocían quiénes eran pre pensionados o, quienes tenían alguna enfermedad. Conoció el tema de pre pensionados porque fue Subdirectora de Pensiones en el Ministerio de Trabajo, por eso tenía presente la edad de la actora, no sabe si el Consorcio SAYP hizo socialización del plan de retiro voluntario. Desconoce si Marquiriam puso en conocimiento de sus superiores jerárquicos que ella era pre pensionada.

²⁸ CD Folio 221, Parte 1, Min. 01:35:50. Álvaro Ayala Aristizábal, Abogado. Indicó que es Director Jurídico del Consorcio del Fondo de Atención para la Población Privada de la Libertad, ocupó el mismo cargo en el Consorcio SAYP 2011 de agosto de 2014 a noviembre de 2018, conoció a Marquiriam Rodríguez Gutiérrez porque ella fue Directora de Recaudo del Consorcio SAYP 2011 durante gran parte del tiempo en que estuvo como Director Jurídico; Marquiriam aceptó el programa de retiro voluntario que sacó la demandada en su momento, que era administrador fiduciario de los recursos del fondo de solidaridad y garantía, lo fue de 2011 a 2017, en agosto de 2017 entró en operación ADRES, que asumió las funciones que venían adelantando, por lo que para liquidar la unidad de gestión, se diseñó un plan de retiro voluntario que se ofreció a todas las personas, habían planes específicos por cada área para entregar a ADRES, el acuerdo consistía en que se ofrecía una bonificación superior a la indemnización que prevé el CST por despido sin justa causa para los contratos a término indefinido, a cambio de la terminación del contrato, después Marquiriam instauró una acción de tutela que perdió, alegando una serie de situaciones que desconoce; el plan de retiro voluntario fue socializado con los trabajadores, no era un secreto para nadie que el CONSORCIO se iba a acabar, desde un año antes estaban en el proceso de entrega de base de datos y archivo documental a ADRES, eso se había conversado en los comités de gerencia, así como a nivel de directivos, no se conocían las condiciones específicas porque estaba en construcción, pero sabían que para el retiro del personal se ofrecería el plan, incluso se fijaron unos carteles en todos los pisos del CONSORCIO informando que iba a ver un plan de retiro voluntario, la actora hacía parte de los comités de gerencia en los que informalmente se hablaba del tema; hubo personas que no se acogieron al plan de retiro voluntario y se les daba la indemnización por despido sin justa causa que era inferior a la bonificación. El Consorcio SAYP entró en liquidación porque la Ley 1753 de 2015 creó la ADRES, que reemplazaría al CONSORCIO como administrador fiduciario y, luego con el Decreto 546 de 2017 esa entidad entró en operación, entonces, la liquidación empezó en agosto de 2017, se procedió a desvincular el grueso del personal a través del plan de retiro voluntario y, desmontar la infraestructura física y tecnológica, esa información solo se compartía en los comités directivos, sin embargo, todos lo conocían porque tenían que ver con la ADRES, también sabían que en algún momento los desvincularían; el área administrativa empezó a citar en horas de la mañana a la gente y le hacía el ofrecimiento, iban citándolos de uno en uno, quien salía contaba cuáles eran las condiciones, no era un secreto, ese proceso duró tal vez dos días; no conoce de una reclamación de la demandante por el tema de pre pensionada; además de la bonificación, se le pagó la liquidación de prestaciones sociales. Al Ministerio de Trabajo se solicitó permiso por las mujeres que estaban en estado de embarazo y, por personas que estaban enfermas, es decir, que venían incapacitadas de un tiempo para atrás, no se contempló el tema de pre pensionado; el plan de retiro no era igual para todas las personas. Las terminaciones de contratos comenzaron en agosto, cada una de las áreas del CONSORCIO estaba volcada a efectuar entregas a la ADRES, una vez éstas se produjeron el área administrativa empezó a citar a todo el CONSORCIO, eso fue en uno o dos días.

²⁹ Folios 20 y 64.



En este sentido, empleadora y trabajadora suscribieron el instrumento denominado *“ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO”* el **28 de septiembre de 2017**, conviniendo *“Las partes desean dar por terminado el contrato de trabajo antes referido por mutuo consentimiento, por lo cual la entidad ofrece al trabajador, por mera liberalidad, una suma única, neta y sin carácter salarial de (...) (\$23030198) (sic), la cual es aceptada por el señor (sic) RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ MARQUIRIAM, en las condiciones que le es ofrecida (...) Luego de lo anterior, las partes ratifican su decisión libre y voluntaria de dar por terminado, por MUTUO CONSENTIMIENTO y a partir de la finalización de la jornada laboral del día 30 de septiembre de 2017, el contrato que las vincula, por lo que en este mismo acto se entrega al trabajador el valor total de su liquidación final de salarios, prestaciones sociales y descansos obligatorios, así como el valor de la suma que fue ofrecida al señor (sic) RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ MARQUIRIAM”*³⁰.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten concluir que el *“ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO”* suscrita el 28 de septiembre de 2017, tuvo como objetivo finalizar la vinculación contractual laboral de la demandante, así como evitar reclamaciones futuras *“por todo concepto surgido por motivo o con ocasión de la relación laboral que vinculó a las partes”*, para el efecto, el Consorcio SAYP 2011 otorgó a la trabajadora *“por mera liberalidad, una suma única, neta y sin carácter salarial”*, equivalente a \$23'030.198.00, declarando que el contrato finalizaba por mutuo consentimiento, acuerdo que suscribieron de manera libre y espontánea, expresando la aceptación respecto de sus términos³¹, lo anterior, porque aun cuando la accionante afirmó que el Jefe de Recursos Humanos, Jorge Rincón, la indujo en error al asegurarle que

³⁰ Folios 15 a 16 y 61 a 62.

³¹ Folios 15 a 16 y 61 a 62.



habían solicitado al Ministerio del Trabajo autorización para terminarle el contrato, así como que debía firmar con celeridad los documentos, pues, eran requeridos por “*las Fiduciarias*”, no acreditó dentro proceso la ocurrencia de esas situaciones, por el contrario, al sustentar la alzada aceptó que suscribió dicho acuerdo y, que manifestó su inconformidad solo hasta el día siguiente y, en el interrogatorio de parte confesó no haber leído el acta referenciada, aduciendo que no le brindaron tiempo para ello, pero comprendía que se trataba de la terminación de su contrato. Y, aunque el acta de mutuo consentimiento es un acto jurídico vinculante, que podría ser nula ante la existencia de algún vicio del consentimiento con arreglo al artículo 1508 del CC, esa circunstancia impone a quien la alega demostrar en juicio los hechos que hayan viciado su voluntad, carga que omitió la accionante.

En adición a lo anterior, los testigos María Fernanda Zabarain Urbina, Luz Esperanza Medina Rojas y, Álvaro Ayala Aristizábal, fueron coincidentes al señalar que los trabajadores del Consorcio SAYP 2011 conocían de su liquidación ante la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES; asimismo, Luz Esperanza Medina Rojas precisó que las personas tuvieron la posibilidad de rechazar el plan de retiro voluntario y; Álvaro Ayala Aristizábal indicó que hubo personas que no se acogieron al plan de retiro voluntario, por lo que se les reconoció la indemnización por despido sin justa causa, sin embargo, ésta era inferior a la bonificación del plan de retiro.



En este orden, atendiendo que el acto jurídico no recayó sobre derechos ciertos e indiscutibles que condicionaran su validez en los términos del artículo 15 del CST, que las partes lo suscribieron de manera libre y voluntaria y, que la trabajadora manifestó su consentimiento para recibir la suma que por mera liberalidad le sería entregada para finiquitar el contrato de trabajo por mutuo consentimiento, se concluye que el "ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO" se ajustó a los requerimientos legales sustanciales, resultando válida, en consecuencia, en este tema se confirmará la sentencia apelada.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR CONDICIÓN DE PREPENSIONADA

La Doctrina Constitucional ha explicado que la pre pensión protege la expectativa del trabajador de obtener su prestación económica por vejez, ante su posible frustración como consecuencia de la pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren y así acceder a la prestación jubilatoria. Cumple señalar, que la estabilidad laboral reforzada por fuero de pre pensión solo aplica en los casos en que sea necesario mantener el vínculo laboral del trabajador, para que pueda completar las semanas de cotización requeridas en el Régimen de Prima Media, cuando le falten tres o menos años de cotización y vea amenazada o frustrada la expectativa legítima de acceder a la pensión de



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 009 2019 00157 01
Ord. Marquiriam Rodríguez V. Fiducóllex y Otra

jubilación³² o, que en caso de encontrarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en los tres años siguientes a la desvinculación obtenga el capital necesario para hacerse al beneficio pensional³³.

Bajo este entendimiento, a 28 de septiembre de 2017, calenda de terminación del vínculo contractual laboral, Rodríguez Gutiérrez contaba con 54 años de edad, según se colige de la fecha de nacimiento consignada en el contrato de trabajo, sin que sea dable establecer con los documentos aportados el capital acumulado en el RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, omitió acreditar ser beneficiaria de la alegada estabilidad laboral reforzada por fuero de pre pensionado, carga que le correspondía en los términos del artículo 167 del CGP, surgiendo improcedente el reintegro pretendido, así como las condenas consecuenciales reclamadas, que impone confirmar también en este aspecto el fallo de primera instancia. Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

³² Corte Constitucional, sentencias T – 638 de 16 de noviembre de 2016, SU – 003 de 08 de febrero de 2018 y, T – 385 de 03 de septiembre de 2020.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T – 055 de 17 de febrero de 2020.

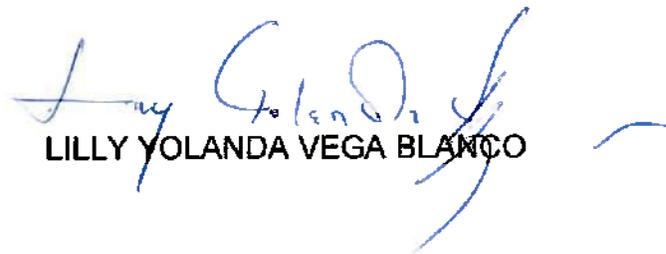


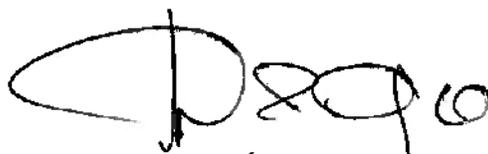
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXCD. No. 009 2019 00157 01
Ord. Marquiriam Rodríguez Vs. Fiducoldex y Otra

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPASE


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARIBEL MEJÍA GALVIS
CONTRA GERMÁN ANGULO GAONA.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022),
surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y,
previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima
de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la convocante a juicio, revisa la
Corporación el fallo de fecha 05 de mayo de 2021, proferido por el
Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



La actora demandó para que se declare la existencia de una vinculación contractual laboral con Germán Angulo Gaona, vigente de 01 de enero de 2002 a 27 de diciembre de 2012, en que se desempeñó como Administradora, con un último salario de \$830.000.00 más bonificaciones, vínculo que terminó por causa imputable al empleador, en consecuencia, se le reconozcan auxilio de cesantías con intereses y sanción por falta de consignación y pago, aportes a pensión, vacaciones, primas de servicios, indemnización por despido injusto, moratoria, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para Germán Angulo Gaona de 01 de enero de 2002 a 27 de diciembre de 2012, mediante contrato de trabajo a término indefinido, en el establecimiento Casa Comercial La Argentina ubicado en la carrera 24 D Bis N° 16 – 66 Sur de Bogotá, en el cargo de Administradora, siendo su último salario básico mensual \$830.000.00 “*más las correspondientes comisiones*”, en horario de 07:00 a.m. a 06:00 p.m. de lunes a sábado, que en ocasiones se extendía, sin recibir pago de horas extras; no fue afiliada a seguridad social integral. El 27 de diciembre de 2012, Angulo Gaona de manera verbal y sin justificación le manifestó que no requería la prestación de sus servicios, no pagó la liquidación final, ni le ordenó exámenes de ingreso o egreso, tampoco la indemnización por despido injusto; durante la vigencia de la vinculación laboral tampoco le canceló cesantías con intereses, primas de servicios “*y demás emolumentos*”. El 08 de enero de 2014, citó a Germán Angulo Gaona a audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, pero él no se hizo presente, según constancia N° 0014 de la *data* en cita².

¹ Folios 14 a 16 y 29 a 31.

² Folios 12 a 14 y 27 a 29.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Germán Angulo Gaona, mediante curador *ad litem*, presentó oposición a las pretensiones del *libelo incoatorio*, en cuanto a los hechos admitió lo consignado en la constancia N° 0014 del Inspector del Trabajo. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, pago y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Maribel Mejía Galvis y Germán Angulo Gaona existió un contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 01 de enero de 2003 a 01 de enero de 2012, en consecuencia, condenó al demandado a pagar al fondo que escoja la accionante, los aportes a seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta los salarios fijados de 2003 a 2012; absolvió de las demás pretensiones, sobre las que declaró probada la excepción de prescripción e, impuso costas al enjuiciado⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

³ Folios 62 a 64.

⁴ Audio y Acta de Audiencia, Folios 129 a 130.



Inconforme con la decisión anterior, Maribel Mejía Galvis interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que se encuentra inconforme con los extremos temporales determinados por el *a quo*, por cuanto, no valoró en debida forma las pruebas recaudadas de las que se deduce que el contrato finalizó el 27 de diciembre de 2012 *“tal situación la ampliaré de manera clara y precisa en la sustentación del recurso correspondiente”*. Además, presentó la demanda el 18 de diciembre de 2015, sin embargo, se debe tener como reclamo la solicitud de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, notificada en debida forma, como consta en la guía N° 907717761 de SERVIENTREGA, recibida el 14 de diciembre de 2013, conforme al artículo 489 del CST, pues, esa norma refiere que cualquier reclamación del trabajador interrumpe el término de la prescripción, por ende, con dicha solicitud de conciliación se interrumpió el término extintivo, que inició un nuevo conteo de los tres años, esto es, a 14 de diciembre de 2016, surgiendo procedente la condenarse al enjuiciado⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El operador judicial de primer grado declaró que entre Maribel Mejía Galvis y Germán Angulo Gaona existió un contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 01 de enero de 2003 a 01 de enero de 2012. Vinculación contractual laboral cuya existencia no fue objeto de reproche en la alzada, en tanto, la inconformidad de la apelante refirió al extremo

⁵ CD Folio 129.



temporal final y a la prescripción de prestaciones sociales e indemnizaciones.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

EXTREMOS TEMPORALES

La demostración de los extremos temporales de iniciación y terminación de la vinculación contractual laboral es indispensable en procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales que se liquidan con referencia en ellos, por tanto, corresponde al trabajador satisfacer esa carga probatoria como presupuesto necesario para la prosperidad de sus pedimentos. Ahora, cuando se tiene certeza de la prestación del servicio en un periodo de tiempo, la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que aun cuando no aparezcan con exactitud las calendas alegadas en la demanda, es deber del juzgador como administrador de justicia, desentrañar de los medios de convicción allegados un término racionalmente aproximado e, impartir condena con arreglo al principio *minus petita*, procurando garantizar la protección de los derechos de quien presta sus servicios de manera subordinada⁶.

⁶ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 42167 de 06 de marzo de 2012.



Al instructivo se aportaron los siguientes documentos: (i) certificación laboral de 14 de diciembre de 2011⁷, (ii) liquidaciones definitivas de 01 de enero de 2003 a 01 de enero de 2004, de 01 de enero a 31 de diciembre de 2004, de 01 de enero a 31 de diciembre de 2005 y, de 01 de enero de 2011 a 01 de enero de 2012⁸, (iii) constancia N° 0014 de 08 de enero de 2014 sobre inasistencia del citado⁹ y, (iv) certificado de matrícula de persona natural del enjuiciado¹⁰.

También se recibió el interrogatorio de parte de Maribel Mejía Galvis¹¹, así como los testimonios de Martha Lucia Sánchez Tapiero¹² y, Luis Hernando Mejía Galvis¹³.

⁷ Folio 3.

⁸ Folios 4 a 7.

⁹ Folio 8.

¹⁰ Folio 11.

¹¹ CD Folio 129, Min. 00:18:30. Maribel Mejía Galvis, Desempleada. Dijo que laboró hasta el 27 de diciembre de 2012, el contrato existente fue verbal, al momento de desvinculación el demandado simplemente le dijo que entregara llaves y no le dio más trabajo, no le justificó; se le adeuda la liquidación de 2012, sin embargo, las liquidaciones de los años anteriores están incorrectas, también le adeudan lo correspondiente a marzo y, las liquidaciones en que quedaron saldos que aún le adeudan; para 2012 devengaba \$730.000.00, más incentivos de \$10.000.00 que recibía de vez en cuando, prácticamente se redondeaba a \$830.000.00, nunca se le reconoció auxilio de transporte; fue al Ministerio de Trabajo para hacer una citación al demandada, pero él nunca compareció; en 2012 no recibió prima de servicios; durante los once años laborados, solo descanso entre diciembre y enero por tres años, recibía pago normal; el despido fue en 2012, no en 2011; cada año recibía las liquidaciones y seguía trabajando.

¹² CD Folio 109, Min. 00:05:50. Martha Lucia Sánchez Tapiero, Bachiller. Depuso que es amiga de la demandante, la conoció hace 23 años en Bogotá, por medio del esposo empezaron una bonita amistad, la conservan a pesar que desde 2009 se fue a vivir a Bucaramanga, tienen comunicación constante; a German Angulo Gaona también lo distinguió igual, él tenía compraventas, una en el barrio Sierra Morena de Bogotá, siempre se encontraban ahí en reunión familiar, ahí estaba German Angulo. Maribel trabajaba para Germán Angulo, ella era quien habría el negocio; en Bogotá vivió en el barrio Villa María, al barrio Sierra Morena solo fue dos veces, de resto se encontraba con la actora en el Centro Comercial o ciudad salitre, eso siempre fue los domingos porque a ella también le tocaba trabajar los domingos, más o menos hasta las dos o tres de la tarde, Maribel era la Administradora de la compraventa y a la vez empleada, debía hacer todo como organizar mercancía, el horario de trabajo era de 07:00 a.m. a 06:00 p.m.; desconoce cuánto duro la relación de trabajo o el salario que devengaba, ella tenía sus vacaciones, le comentó que Germán no le dio justificación del despido.

¹³ CD Folio 109, Min. 00:13:25. Luis Hernando Mejía Galvis, Técnico. Manifestó que es hermano de la demandante, le consta que ella trabajaba con Germán Angulo, atendía un negocio que él tenía, una compraventa, allá trabajaba todos los días, era en Bogotá, en la localidad Simón Bolívar, eso fue entre 2001 y finales de 2012, en esa época vivió en Bucaramanga, visitó a Maribel en Bogotá como cuatro veces, esas visitas fueron de ocho a quince días; ella salía de la casa a trabajar a las 08:30 a.m. y llegaba en la noche, cuando se quedó en Bogotá, fue en el apartamento de su hermana, no recuerda la dirección. El horario de trabajo era de 09:00 a.m. a 07:00 p.m., ella no tenía seguridad social porque supuestamente Germán se la estaba pagando al ex esposo de ella y con eso se cubría la de ambos; cinco años antes del despido tuvo vacaciones, antes no tenía; Maribel era la administradora de la compraventa, recibía y entregaba la mercancía, manejaba el dinero y lo cobraba.



Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no acreditan los extremos temporales afirmados por Maribel Mejía Galvis en el *libelo incoatorio*, pues, dicho acervo probatorio solo permite colegir la prestación de servicios de ésta a favor de Germán Angulo Gaona en el establecimiento de comercio Casa Comercial Argentina, como Administradora, de 01 de enero de 2003 a 01 de enero de 2012, según se establece con las liquidaciones definitivas aportadas, correspondientes a los periodos comprendidos de (i) 01 de enero de 2003 a 01 de enero de 2004¹⁴, (ii) 01 de enero a 31 de diciembre de 2004¹⁵, (iii) de 01 de enero a 31 de diciembre de 2005¹⁶ y, (iv) de 01 de enero de 2011 a 01 de enero de 2012¹⁷, además, la certificación laboral de 14 de diciembre de 2011, dice que la actora *“labora con nuestra firma desde el veinte de Septiembre de Dos Mil Cinco (2005) desempeñándose como ADMINISTRADORA con una asignación mensual de \$800.000 (OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE) se encuentra vinculada con un contrato a término indefinido”*¹⁸.

En adición a lo anterior, los testigos no ofrecieron mayor ilustración acerca de los extremos temporales del vínculo contractual laboral, en tanto, Martha Lucia Sánchez Tapiero, a pesar que dijo ser amiga de la demandante hace 23 años, negó conocer la duración de la relación de trabajo o el salario devengado, agregando que la compraventa

¹⁴ Folio 7.

¹⁵ Folio 4.

¹⁶ Folio 5.

¹⁷ Folio 6.

¹⁸ Folio 3.



quedaba en el barrio Sierra Morena de Bogotá, pero que escasamente fue dos veces.

Y, aunque Luis Hernando Mejía Galvis, hermano de la accionante, aseguró que la actora trabajó para el enjuiciado entre 2001 y finales de 2012, no fue preciso en las fechas de inicio y terminación del vínculo en dicho periodo, época en que además señaló vivió en Bucaramanga y, visitó a Maribel en Bogotá apenas cuatro veces. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a lo dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. Además, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado, que el reclamo escrito que tiene la virtud de interrumpir la prescripción, es aquel que enuncia claramente el derecho pretendido y, debe ser dirigido al empleador¹⁹.

Bajo este entendimiento, al *examine* se aportó “CONSTANCIA DE INASISTENCIA DEL CITADO 0014”, que señaló como tema de la audiencia de conciliación “*Afiliación a Seguridad Social (...) Liquidación de Prestaciones Sociales*”, sin embargo, tales pedimentos no corresponden a la totalidad

¹⁹ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 15073 de 16 de enero de 2001.



de pretensiones del *libelo incoatorio*, por ende, no se puede asimilar la solicitud de audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, que tampoco fue allegada al instructivo, como el reclamo dirigido al empleador, menos que contenga claramente el derecho pretendido, en este orden, atendiendo que la demanda se presentó el 18 de diciembre de 2015, según acta del primer reparto ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga²⁰, se encuentran prescritas las acreencias reclamadas, ya que el vínculo finalizó el 01 de enero de 2012.

En este orden, se confirmará en este tema la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

²⁰ Folio 24.

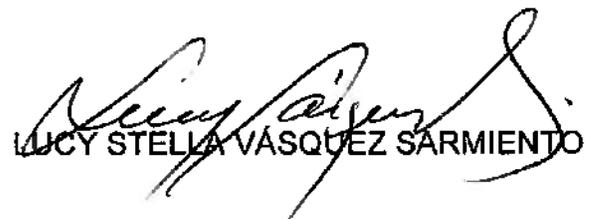


SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE CARLOS ALBERTO
MAJE LONDOÑO CONTRA CONSORCIO EXPRESS S.A.S.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 16 de marzo de 2021, proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



El actor demandó para que se declare ineficaz su desvinculación laboral, dada su estabilidad laboral reforzada por salud, en consecuencia, se ordene su reintegro a un cargo igual o superior al desempeñado, con pago de salarios, vacaciones, primas, cesantías con intereses, aportes a seguridad social, indemnización equivalente a 180 días de salario, moratoria, daños y perjuicios, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para el Consorcio Express S.A.S. de 12 de febrero de 2014 a 18 de enero de 2016, en el cargo de Operador Zonal, mediante contrato de trabajo de duración indefinida, en jornada laboral de más de ocho (08) horas diarias y permanente disponibilidad; al iniciar labores no presentó patología alguna, el 20 de junio de 2014 se le practicó ecografía prostática supra púbica, posteriormente fue diagnosticado con *"CUADRO DE DISURIAS Y POLAQUIRURIA SIN PICOS FEBRILES SIN TAQUICARDIA CON DOLOR EN REGIÓN PERINEAL EN ESTUDIO POR URÓLOGO TRATANTE POR ACTO RECTAL ANÓMALO EN ESTUDIO PARA BIOPSIA TRASRECTAL"*; el 06 de noviembre de 2014 la demandada le notificó *"recomendaciones y/o reasignación de funciones"*, debido a las recomendaciones de la EPS; fue tratado por la especialidad de Urología por la patología *"R103, DOLOR LOCALIZADO EN OTRAS PARTES INFERIORES DEL ABDOMEN Y ENFERMEDADES INFLAMATORIA DE LA PRÓSTATA"*. El 26 de noviembre de 2015, la enjuiciada le notificó *"recomendaciones y/o reasignación de funciones"*, para que continuara su tratamiento con el Urólogo; el siguiente día 27, mediante ecografía renal y de vías urinarias se le diagnosticó *"PELVIS EXTRARENAL DERECHA COMO VARIANTE ANATÓMICA. RESIDUO POSTMICCIONAL DE 21.2% HEPATOMEGALLA LEVE CON ESTEATOSIS HEPATICA MODERADA. COLELITIASIS AGUDA AL MOMENTO DEL*

¹ Folios 51 a 52 y 74 a 75.



ESTUDIO. CALCIFICACIONES EN GLANDULA PROSTATICA DE CAUSA A DETERMINAR”; el 28 de diciembre de 2015, le fueron notificadas nuevas recomendaciones médico laborales y, al día siguiente fue llamado a descargos por presentar comportamientos no aptos hacia sus autoridades; el 18 de enero de 2016 la convocada a juicio terminó el contrato de trabajo aduciendo justa causa, sin tener en cuenta que se encontraba amparado por fuero de estabilidad laboral reforzada, por ello, debió solicitar permiso al Ministerio del Trabajo. Vía tutela el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito amparó transitoriamente sus derechos al trabajo, mínimo vital, seguridad social y, estabilidad laboral reforzada, ordenó su reintegro y, otorgó un plazo de 04 meses para iniciar el proceso ordinario laboral².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, el Consorcio Express S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó la existencia de la vinculación contractual laboral y su modalidad de duración. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa, su buena fe, pago, prescripción, compensación y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

² Folios 52 a 54 y 75 a 77.

³ Folios 114 a 145.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 030 2016 00312 01
Ord. Carlos Maje Vs Consorcio Express S.A.S.

El juzgado de conocimiento absolvió al Consorcio Express S.A.S. de todas las pretensiones; declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido e; impuso costas a Carlos Alberto Maje Londoño⁴.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Carlos Alberto Maje Londoño laboró para el Consorcio Express S.A.S., mediante contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 17 de febrero de 2014 a 18 de enero de 2016, en el cargo de Operador Zonal, vínculo que la empleadora finalizó en forma unilateral, alegando justa causa; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo⁵, la carta de despido⁶ y, la liquidación final⁷.

El Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá revocó la decisión del Juzgado Setenta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá⁸ y, mediante sentencia de tutela de 04 de mayo de 2016, amparó transitoriamente los derechos al trabajo, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada, ordenando el reintegro de Carlos Alberto Maje Londoño a un cargo acorde con su estado de salud, concediéndole un plazo de cuatro (04) meses para iniciar el respectivo proceso ordinario laboral⁹.

⁴ Audio y Acta de Audiencia, Folios 413 a 415.

⁵ Folios 8 a 10 y 355 a 359.

⁶ Folios 48 y 223 a 224.

⁷ Folios 219 y 222.

⁸ Folios 227 a 239.

⁹ Folios 242 a 249.



En cumplimiento de la señalada orden de tutela, el 11 de mayo de 2016, Carlos Alberto Maje Londoño y el Consorcio Express S.A.S., firmaron un nuevo contrato de trabajo de duración indefinida, en que éste se desempeñaría como Operador de Bus Padrón, así se infiere de dicho contrato¹⁰ y de la certificación laboral de 15 de mayo de 2017¹¹.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta y, lo expuesto en las alegaciones recibidas.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La Sala se remite a los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹², así como a la sentencia de exequibilidad de dicho precepto¹³.

En punto al tema de la estabilidad ocupacional reforzada, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que (i) la prohibición establecida en dicha regla jurídica se refiere a despidos motivados en razones discriminatorias, siendo entonces legítima la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa; (ii) si en un proceso laboral el trabajador acredita su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de

¹⁰ Folios 360 a 364.

¹¹ Folios 350 a 351.

¹² Conforme a la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-458 de 2015, se reemplazan las palabras "limitación" y "limitada" por las expresiones "discapacidad" o "en situación de discapacidad".

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-533 de 2000.



demostrar las justas causas alegadas, so pena que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, con el pago de salarios y prestaciones insolutos, además, la sanción de 180 días de salario y, (iii) la autorización del inspector del trabajo se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sea incompatible e insuperable con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, de modo que la omisión de dicha obligación implica la ineficacia del despido y el pago de los salarios, prestaciones y sanciones establecidas en la ley¹⁴.

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia SU – 049 de 02 de febrero de 2017, unificó su jurisprudencia señalando que *“según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente”*¹⁵.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) historial clínico del actor emitido de 15 de junio de 2014 a 21 de diciembre de 2015, en que aparecen los diagnósticos de *“OTRAS ENFERMEDADES INFLAMATORIAS DE LA PRÓSTATA”, “DOLOR EN ARTICULACIÓN”, “TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO”, “DOLOR LOCALIZADO EN OTRAS PARTES INFERIORES DEL ABDOMEN”, “VEJIGA NEUROPÁTICA REFLEJA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE”*¹⁶, (ii) diligencia de descargos de 29 de diciembre de 2015¹⁷, (iii)

¹⁴ CSJ, Sala Laboral SL1360 de 11 de abril de 2018, reiterada en sentencia SL 260 de 30 de enero de 2019.

¹⁵ En concordancia con el reciente pronunciamiento emitido en la sentencia C – 200 de 2019.

¹⁶ Folios 11 a 27, 29 a 38 y 46 a 47.

¹⁷ Folios 39 a 42 y 253 a 256.



formatos de notificación de recomendaciones y/o reubicación laboral de 26 de noviembre y 28 de diciembre de 2015, 27 de junio de 2016 y, 12 de octubre de 2017¹⁸, (iv) certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada¹⁹, (v) cruce de correos entre personal de la empresa demandada²⁰, (vi) reglamento interno de trabajo²¹, (vii) reglamento de higiene y seguridad industrial²², (viii) manual de funciones del cargo de Operador de Bus Zonal²³, (ix) certificación de 23 de febrero de 2016 expedida por la Profesional Especializada HSE, indicando que Maje Londoño no se encontraba en condición de discapacidad, incapacitado o con restricción médica para el momento de su desvinculación²⁴, (x) comprobantes de pago expedidos de febrero de 2014 a mayo de 2017²⁵, (xi) certificados médicos de aptitud ocupacional y laboral de 20 de enero de 2014 y 21 de agosto de 2014, respectivamente²⁶, (xii) certificado de aportes a seguridad social²⁷ y, (xiii) certificado de pago de cesantías de 2014 y 2016²⁸.

¹⁸ Folios 45, 352 a 353 y 387 a 391.

¹⁹ Folios 105 a 111.

²⁰ Folios 146 a 147 y 354.

²¹ Folios 148 a 208.

²² Folios 209 a 216.

²³ Folios 217 a 218.

²⁴ Folio 251.

²⁵ Folios 257 a 329.

²⁶ Folios 330 y 331.

²⁷ Folios 333 a 347 y 372 a 378.

²⁸ Folio 349.



Se recibieron los interrogatorios de parte del representante legal de la sociedad convocada a juicio²⁹ y del demandante³⁰, asimismo, los

²⁹ CD Folio 393, Min. 00:35:35. Camilo Alfonso Sabogal Otálora, Representante Legal de Consorcio Express S.A.S. Dijo que Carlos Alberto Maje Londoño comenzó a trabajar el 17 de febrero de 2014 y se dio por terminado el contrato por justa causa el 18 de enero de 2016; inicialmente fue Operador Zonal, terminó como Operador de Bus Padrón; el actor tuvo algunos problemas de salud y la empresa le dio todas las facilidades para que pudiera operar cumpliendo los requisitos que exige TRANSMILENIO, tuvo algunas recomendaciones por problemas de salud que le dio la IPS SURA; al demandante no se le cambió su puesto de trabajo, a pesar que tenía algunas recomendaciones, pues, él podía conducir de tres a cuatro horas de recorrido y hacer un descanso, por lo que la empresa ajustó sus horarios de trabajo, dándole todas las garantías para que cumpliera sus funciones de forma adecuada como Operador de Bus, por las recomendaciones lo que se buscó fue que pudiera cumplir la labor encomendada, por eso podía conducir de tres a cuatro horas y luego debía tener un descanso; el 18 de enero de 2016 la empresa dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa, por violación de las obligaciones, concretamente violación del artículo 79 del Decreto 2351 de 1966, para ese momento podían existir recomendaciones, pero no tenía ninguna restricción, ni impedimento para trabajar.

³⁰ CD Folio 393, Min. 00:43:13. Carlos Alberto Maje Londoño, Bachiller. Manifestó que el 18 de enero de 2016, la empresa demandada dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa, determinación que no aceptó porque se saltó conductos regulares, sin tener en cuenta las recomendaciones del médico laboral, inclusive la última recomendación médica fue hasta el 12 de enero de 2018; el 16 de diciembre del 2015 empezó a las 14 horas, siempre fue puntual, incluso llegaba una o dos horas antes de su presentación a cualquier cabecera, ese día estuvo en la carpa, cumplió con el procedimiento de reportar la hora de llegada, se presenta al técnico de operaciones para que le asignen tareas y se va para la carpa, no le compete si su jefe deja anotación de haberlo visto; el altercado que tuvo con el ingeniero Mario Alberto Muñoz el 16 de diciembre por el que fue llamado a diligencia de descargos el 29 de diciembre fue porque él llegó alterado, sin embargo, no fue grosero, simplemente le dijo que hablaran luego, lo que recuerda es que él le hizo un cambio de programación sin ser su competencia, además no podía quedarse en un patio de noche por restricción médica, no pueda trasnochar porque se enferma, tampoco ahora que fue reintegrado y enviado a Gaviotas, lo que hacen es un acoso laboral, esperan que se aburra o que deserte, pero no es lo que el señor Mario Muñoz indicó en ese momento; al no ser atendido por el jefe inmediato, acude a la persona que lo atiende como Operador para decirle que se presentó, en ningún momento le dijo que no iba a hacer tareas; no presentó revisión de la carta de terminación del contrato, el día que la firmó manifestó su desacuerdo y entregó los carnés; a la fecha de terminación del contrato no estaba incapacitado, tenía restricciones médicas de no conducir más de cuatro horas, hacer pausas activas, hacer unas dietas, no podía consumir líquidos antes de ir a hacer un viaje, para esa época tampoco contaba calificación de pérdida de la capacidad laboral, se encontraba en las labores de Operador de Bus Padrón, inclusive estaba haciendo la ruta 291, iba en el 20% del recorrido cuando le pidieron que pasara a los usuarios al móvil que venía atrás y se dirigiera a patio; le entregaron carta de remisión para el certificado médico de egreso; le liquidaron sus acreencias laborales, pero no estuvo de acuerdo, inclusive colocará otra demanda por esa mala liquidación.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 030 2016 00312 01
Ord. Carlos Maje Vs Consorcio Express S.A.S.

testimonios de Liliana Hernández Arzayus³¹, Mario Alberto Muñoz Guerra³² y, Luis Antonio Torres Rodríguez³³.

³¹ CD Folio 393, Min. 01:03:20. Liliana Hernández Arzayus. Depuso que labora para la enjuiciada desde 02 de mayo de 2012, no conoció al demandante, está encargada de los temas de salud laboral, entonces tiene presente la información relacionada con su condición médica y laboral, no sabe cuánto ganaba; el actor era Operador de Bus; sabe de la tutela que interpuso Carlos Alberto, pero desconoce por qué lo reintegraron, de acuerdo con la información que reposa en los archivos de salud laboral de la compañía, el actor presenta un diagnóstico de salud por el que la EPS genera unas recomendaciones médicas en noviembre de 2015, él no debe esperar más de tres horas para poder ir al baño, la médico laboral de la empresa emite una comunicación de orden preventivo para que el área operativa garantice que el señor pueda ir al baño; quien primero conoce las recomendaciones es el jefe inmediato, éste enteró a salud ocupacional y, la médico laboral, con base en la información suministrada por el trabajador, le asigna una cita de evaluación física y, establece si existen recomendaciones que no afecten su capacidad laboral, pero que deban tenerse en cuenta para efectos de su desempeño normal o, si se le debe reubicar de manera temporal porque la EPS o ARL determine que la persona no puede realizar las funciones para las que fue contratada, entonces, internamente se hace una revisión para asignar funciones, en el caso del Maje Londoño la recomendación de la EPS SURA fue darle los tiempos para que pudiera ir al baño, pero no se manifiesta en ningún momento que el demandante no pueda conducir, por ende, salud ocupacional emitió un documento de carácter formal que es comunicado al jefe inmediato y al trabajador, para efectos de ser tenido en cuenta en el desempeño normal de las funciones; en todos los patios de operación hay servicio de baño, Maje Londoño estaba asignado al patio 191, que queda en la autopista norte con calle 191, costado occidental; los recorridos en los buses varían dependiendo de las rutas, por eso se le recomienda un tipo de operación que se llama tabla partida, donde las jornadas inician y terminan; hay un procedimiento escrito en la compañía que es divulgado en el momento en que ingresa cualquier persona que va a ser jefe, si reciben una notificación por parte de un trabajador, ésta debe ser comunicada a salud ocupacional y es salud ocupacional, que con el apoyo de la médico laboral, aterriza las recomendaciones, se hace seguimiento a través de unas actas que debe firmar el trabajador, el jefe inmediato y la persona de salud ocupacional, si un trabajador se niega a firmarlo se llaman testigos que han presenciado el seguimiento, el actor en alguna oportunidad se negó a firmar una de estas actas, pero desconoce los motivos; no sabe el motivo de retiro del trabajador; la renuncia al cumplimiento por parte de los jefes, puede ponerse en conocimiento de los equipos de gestión humana o salud laboral de los patios; en enero de 2016 Carlos Alberto no estuvo incapacitado, solo tenía recomendación médica de asistir al servicio de baño, no conoce calificación de pérdida de capacidad laboral. Las recomendaciones de la compañía no afectaban la capacidad laboral del actor, siguió desempeñando la función para la que fue contratado, la vigencia hasta 28 de enero de 2016 la dio la médico laboral, con el fin de evaluar si la condición de salud se ha modificado o no. El actor tenía recomendaciones, pero no restricción médica; al momento del reintegro se indica que el trabajador es apto con recomendaciones, en junio de 2016 se revisa el caso desde medicina laboral y se emite una nueva recomendación donde el demandante puede operar tiempo completo como Operador de bus en tabla partida, es decir que debe tener periodos de descanso entre una tabla y la otra, esa recomendación se ha mantenido.

³² CD Folio 393, Min. 01:25:10. Mario Alberto Muñoz Guerra, Ingeniero de Sistemas. Indicó que labora con Consorcio Express, lleva tres años y, diez meses más o menos, es Líder de Centro de Operaciones, es la persona que está a cargo del patio, es como un líder de personal que atiende las instalaciones de mantenimiento y toda la parte operativa; conoce a Carlos Alberto Maje porque hay una relación laboral desde 2015, antes era Coordinador de Operaciones y lo tenía a su cargo, laboró hasta diciembre de 2015 más o menos, Carlos era Operador de Bus Zonal, ganaba alrededor de un millón o novecientos ochenta mil pesos más una bonificación adicional; en diciembre de 2015 se efectuó un control de turno entre las catorce y veintidós horas, por lo que se presenta una agresión verbal y no acepta el llamado de atención y, se surte un proceso disciplinario, el actor ese día debía presentarse a las 02:00 p.m. y lo hizo a las 03:30 p.m. manifestando que estaba en otra dependencia de la empresa con la gestora de bienestar; el control de asistencia del personal se ejerce a través del Técnico de Operaciones y la Asistente de Operaciones, posteriormente al suceso hubo otro tema de agresión verbal a Juan Carlos Valle; la gestora de bienestar en alguno de sus reportes manifestó que el horario de presentación en la carpa tampoco fue a las 02:00 p.m.; conocía que las recomendaciones médicas eran operar entre tres y cuatro horas, con una pausa y posteriormente reintegrarse a su labor, para ello se le asignaban ciclos cortos y con tareas en el patio, movilización de flotas al interior del patio que tiene acceso a una batería de baños, dependiendo de la infraestructura; para retirar a Carlos se alegó el tema del incumplimiento del horario y la agresión verbal. El colaborador debe presentarse ante una persona en las instalaciones del patio, hay personal a cargo que son los técnicos de operaciones que están en turnos rotativos durante las 24 horas, en la jornada administrativa hay un apoyo que se surte por el asistente de operaciones, para controlar tareas específicas, cuando el personal está en condición de restricción o reserva o recomendación, hay unas listas donde la persona viene, se inscribe, firma y el técnico o el asistente de operaciones validan el horario de llegada; Carlos Maje tenía asignado el horario de 02:00 p.m. a 10:00 p.m.

³³ CD Folio 393, Min. 01:39:35. Luis Antonio Torres Rodríguez, Abogado. Señaló que es Gerente de Relaciones Laborales de la demandada, ingresó a comienzos de 2013; no conoció al actor, sabe que ingresó a laborar a mediados de febrero de 2014 y terminó a mediados de enero de 2016, a raíz de un fallo de tutela de segunda instancia se suscribió un nuevo contrato de trabajo que inicia a mediados de mayo de 2016, Carlos Maje no tenía ninguna restricción médica, ni condición especial que hiciera suponer una condición de estabilidad laboral reforzada, lo único que existía era la recomendación para poder ir al baño. Para la terminación del contrato el actor tenía el cargo para el cual fue contratado, ejercía labores de operador de bus, no tenía incapacidad médica, ni restricción médica, ni en valoración de su pérdida de capacidad laboral; el 16 de diciembre de 2015 Maje Londoño incumplió el procedimiento de reportar su asistencia, según los informes de las personas responsables, él se reportó sobre las 03:30 p.m., debiendo hacerlos a las 02:00 p.m., a la finalización del contrato se cancelaron todas las prestaciones sociales, salarios y liquidación final. Por la orden de reintegro se suscribió un nuevo contrato, debido a que ya se había pagado la liquidación del vínculo, se asigna a otro patio de operación por razones de carácter operativo, debido a que la empresa vincula a sus operadores, pero no asigna zonas ni patios exclusivos, entonces, al requerirse cubrir vacantes prioritarias en un patio de zona san Cristóbal, allí se le asignó.



Pues bien, los medios de persuasión reseñados en precedencia, valorados en conjunto permiten concluir, que en vigencia de la vinculación contractual laboral, Carlos Alberto Maje Londoño fue diagnosticado con “OTRAS ENFERMEDADES INFLAMATORIAS DE LA PRÓSTATA”, “DOLOR EN ARTICULACIÓN”, “TRASTORNO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO”, “DOLOR LOCALIZADO EN OTRAS PARTES INFERIORES DEL ABDOMEN”, “VEJIGA NEUROPÁTICA REFLEJA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE”, patologías a las que se les dio el correspondiente manejo y tratamiento médico para su recuperación, como dan cuenta las historias clínicas y las órdenes de autorización de servicios médicos a su nombre³⁴, circunstancia que por sí sola no denota la existencia de disminución en la capacidad laboral del accionante, tampoco, que el padecimiento de estas enfermedades fuera incompatible con las funciones que desempeñaba como Operador de Bus Padrón, que hicieran procedente la estabilidad por fuero de salud que procura para 18 de enero de 2016, fecha de su desvinculación, pues, para esa *data* no existían incapacidades médicas, ni tratamientos médicos en curso, tampoco se había emitido calificación porcentual de disminución física por autoridad competente, como lo corrobora la documental aportada, el interrogatorio de parte del demandante y, el testimonio de Liliana Hernández Arzayus, quien dijo ser la encargada de los temas de salud laboral de la enjuiciada³⁵.

En adición a lo anterior, el demandante confesó en su interrogatorio de parte que a su desvinculación se encontraba prestando los servicios de manera normal y en el horario habitual, precisó que cumplía su labor como Operador de Bus Padrón, ese día completaba el 20% del

³⁴ Folios 11 a 27, 29 a 38 y 46 a 47.

³⁵ CD Folio 393.



recorrido, cuando fue llamado a patios; en este orden, no se evidencia un estado de debilidad manifiesta por su condición de salud que ameritara protección, situación que se corrobora con la certificación expedida por Yamile Tamayo Arango, Profesional Especializada HSE de la demandada, indicando que al momento del despido de Maje Londoño, éste no se encontraba en condición de discapacidad y/o incapacidad, ni presentaba restricción médica alguna³⁶.

Y, aunque existieron recomendaciones médicas emitidas por la EPS SURA – notificadas al actor el 28 de diciembre de 2015 – cuya vigencia fue de 28 de diciembre de 2015 a 28 de enero de 2016³⁷, la finalización del contrato de trabajo no se apoyó en motivos discriminatorios por su condición de salud, al contrario, se demostró que esa decisión se fundamentó en justa causa suficiente comprobada.

En efecto, con comunicación de 18 de enero de 2016, la empleadora informó al trabajador la finalización del vínculo contractual laboral arguyendo el incumplimiento grave de sus obligaciones, al tener actos de indisciplina e irresponsabilidad, pues, el 16 de diciembre de 2015, (i) no cumplió el procedimiento establecido para el ingreso a operación, ya que, no se reportó en el lugar de trabajo a la hora de inicio de su turno y, (ii) al ser requerido por el Jefe de Operaciones, Mario Alberto Muñoz, presentó un comportamiento inadecuado e irrespetuoso hacia éste, incluso incitándolo a pelear, asimismo, el 23 de diciembre siguiente, ocurrió una situación similar con el Técnico de Operaciones, Juan Carlos Ballén, a quien agredió verbalmente³⁸.

³⁶ Folio 251.

³⁷ Folio 45.

³⁸ Folios 48 y 223 a 224.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 030 2016 00312 01
Ord. Carlos Maje Vs Consorcio Express S.A.S.

Y, en la diligencia de descargos, el trabajador dijo que el 16 de diciembre de 2015 tuvo un altercado con los señores “Roland”, “Giovanny” y “Mario”, a quienes les manifestó que se sentía perseguido laboralmente en cuanto al cumplimiento de su horario, por lo que hablaría con la oficina del trabajo y, les nombró los sindicatos aunque no pertenecía a ninguno; agregó, que una noche tuvo una discusión con “don Juan y don Jorge”, en que también intervino “Diego”, porque les dijo que su cargo no era de Planillero³⁹.

A su vez, el deponente Mario Alberto Muñoz Guerra, Coordinador de Operaciones de la convocada hasta diciembre de 2015, aseveró que para esa época se efectuó un control de turno, evidenciándose que Carlos Alberto no se presentó puntualmente a las 02:00 p.m., sino que lo hizo a las 03:30 p.m. y, al ser requerido lo agredió verbalmente, justificándose en que estaba en otra dependencia de la empresa con la gestora de bienestar, coincidiendo con lo depuesto por Luis Antonio Torres Rodríguez, quien señaló que en la fecha indicada Maje Londoño incumplió el procedimiento de reportar su asistencia, según los informes de las personas responsables, ya que, lo hizo sobre las 03:30 p.m. debiendo hacerlo a las 02:00 p.m.

Siendo ello así, la enjuiciada demostró la configuración de las causales alegadas para la finalización del contrato de trabajo con justa causa, con arreglo al artículo 62 – 2 literal a) del CST subrogado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, “*Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros*

³⁹ Folios 39 a 42 y 253 a 256.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 030 2016 00312 01
Ord. Carlos Maje V's Consorcio Express S.A.S.

de trabajo”, en concordancia con las obligaciones del trabajador establecidas en el artículo 58 numeral 1 ibídem “Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”.

De lo expuesto se sigue, que a 18 de enero de 2016, *data* de terminación del contrato de trabajo, el demandante no gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, además, su desvinculación lo fue por justa causa comprobada que eximía a la empleadora de solicitar permiso a la autoridad administrativa del trabajo, surgiendo improcedente su reintegro o continuidad del vínculo contractual laboral y el pago de la indemnización de 180 días de salario contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo consultado, con arreglo a lo expresado en precedencia.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

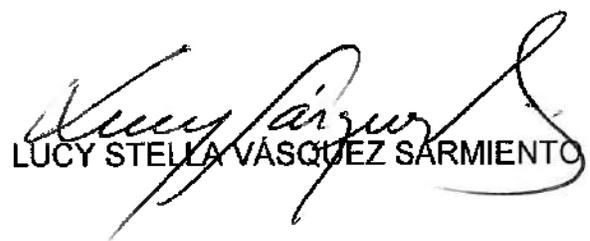
EXPD. No. 030 2016 00312 01
Ord. Carlos Maje Vs Consorcio Express S.A.S.

SEGUNDO.- Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE GUSTAVO PINEDA PINEDA CONTRA TRANSPORTE FLOTA LIBERTAD S.A.S. – TFLIBERTAD Y, JOSÉ JESÚS ARIAS LIZARRALDE.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la sociedad convocada a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 11 de mayo de 2021, proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare (i) la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida con Transportes Flota Libertad S.A.S., vigente de 01 de febrero de 1990 a 30 de abril de 2018, (ii) que los pagos a seguridad social no incluyeron comisiones por ventas y, (iii) sin efecto jurídico cualquier acuerdo y/o renuncia a acreencias laborales, en consecuencia, se reconozcan en forma retroactiva aportes a pensión con destino a COLPENSIONES, conforme al salario real devengado, reliquidación de prestaciones sociales, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que de 01 de febrero de 1990 a 30 de abril de 2018, laboró para Transportes Flota Libertad S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido, como Auxiliar de Despachos, con una remuneración inicial de \$42.000.00 mensuales, que se incrementó conforme al aumento del salario mínimo, verbalmente las partes acordaron el pago de comisiones por venta equivalentes a 3% sobre la utilidad bruta de la operación de transporte, cancelada mientras estuvo vigente el vínculo, su horario de trabajo fue de 08:00 a.m. a 06:00 p.m. de lunes a viernes y, de 08:00 a.m. a 01:00 p.m. los sábados; el 11 de enero de 2017 firmó contrato laboral a término fijo, que desmejoró sus condiciones laborales y, aunque le continuaron pagando las comisiones por venta, éstas no fueron tenidas en cuenta para el pago de aportes a seguridad social; en 2010 la demandada absorbió una sociedad, por lo que llegaron nuevos clientes que atendió, sin recibir las comisiones respectivas; no tuvo llamados de atención durante la existencia de la relación laboral, que terminó por reconocimiento de la pensión por vejez,

¹ Archivo 000, Folios 5 a 6 y 61 a 62.



empero, su cálculo fue equivocado, ante la errada liquidación de aportes a seguridad social que efectuó su empleador².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Transporte Flota Libertad S.A.S. – TFLIBERTAD se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió el extremo inicial del vínculo contractual laboral, su modalidad de duración, el cargo, el salario, el horario, la suscripción de un contrato a término fijo, la ausencia de llamados de atención y, la fecha final de la relación de trabajo. En su defensa propuso las excepciones de error en la integración de la parte demandada, falta de legitimidad para actuar e, incongruencia de los hechos de la demanda con las pretensiones³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre Gustavo Pineda Pineda, en calidad de trabajador y, Transporte Flota Libertad S.A.S. como empleador, vigente de 01 de febrero de 1990 a 30 de abril de 2018; condenó a TFLIBERTAD a cancelar los aportes en pensiones a COLPENSIONES, previo cálculo que elabore ésta Administradora, teniendo en cuenta los salarios base de

² Archivo 000, Folios 3 a 5 y 59 a 61.

³ Archivos 005 a 008.



cotización determinados entre 1999 y 2018; impuso costas a la sociedad demandada; absolvió de la totalidad de pretensiones incoadas contra José Jesús Arias Lizarralde⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la convocada a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que los hechos cuarto, octavo y décimo primero no fueron probados por el demandante, se aprecia falta de congruencia entre estos y lo pretendido, es diferente referirse al sistema general de seguridad social que al sistema general de pensiones; los ingresos reclamados nunca fueron reconocidos, ni pactados, situación que no desvirtúa la certificación de 31 de agosto de 2017, que en todo caso probaría que la prestación de servicios lo fue a partir de esa fecha y no por toda la vigencia del contrato, sin embargo, las afirmaciones del actor resultan incongruentes, falsas y forzadas, atendiendo que dicha certificación es ambigua e inconexa con la remuneración aducida, se refiere solo a un promedio mensual de bonificaciones innominadas, distintas a las comisiones por venta, en este sentido, la actuación del accionante es temeraria y de mala fe con la intención de engañar al juzgador, como en efecto lo hizo; las certificaciones de 1999 y 2017 tienen definiciones y alcances diferentes en derecho laboral y, en las definiciones de la RAE, sin que sean iguales las comisiones por venta y las bonificaciones generales que determinan esas certificaciones; a su vez, en el contrato de 11 de enero de 2017 se

⁴ Archivos 026 y 027; en las consideraciones el *a quo* hace alusión a los extremos del contrato de trabajo de duración indefinida, de 01 de febrero de 1990 a 30 de abril de 2018, sin embargo, más adelante indica que el vínculo mutó a uno de término fijo.



factó que las bonificaciones y otros beneficios que la empresa reconociera no harían parte del cómputo para la liquidación y pago de prestaciones sociales, siendo diferentes a los ingresos del contrato de 1990 que sustenta con la certificación de 31 de mayo de 1999, por tanto, no se estableció que voluntariamente se acordara pago de comisiones por venta equivalentes a 3% sobre la utilidad bruta de operaciones de la empresa a favor del convocante; ahora las certificaciones mencionadas fueron emitidas con colaboración al actor debido a la confianza que se le tenía y con el propósito que las utilizara de manera restringida para obtener préstamos y servicios bancarios o comerciales. El *a quo* interpretó de forma errada la demanda, lo pedido fue pago de comisiones por ventas no pago de aportes al sistema general de pensiones, ni comisiones innominadas, infringiendo los artículos 88 numerales 1 y 2, 79 numeral 1 y 3, 80, 81 y 86 del CGP. En este orden, se debe revocar la sentencia de primera instancia, la condena en costas y, ordenar el archivo del proceso, teniendo en cuenta las pruebas documentales aportadas y el interrogatorio de parte absuelto⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que el 01 de febrero de 1990 Gustavo Pineda Pineda y Transportes Flota Libertad S.A. hoy Transporte Flota Libertad S.A.S. suscribieron un contrato de trabajo de duración indefinida, en que aquel desempeñó el cargo de Auxiliar de Despachos, con un salario de \$42.000.00, situaciones fácticas que se

⁵ Archivo CD Folio 179.



coligen del referido contrato⁶, las certificaciones laborales de 31 de mayo de 1999 y 31 de agosto de 2017⁷, así como del reporte de semanas cotizadas en pensiones elaborado por COLPENSIONES⁸.

El 11 de enero de 2017, el actor firmó con la enjuiciada un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, acordando un sueldo básico de \$750.000.00, más auxilio de transporte de \$84.000.00⁹.

En el *examine*, el *a quo* declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre Gustavo Pineda Pineda y Transporte Flota Libertad S.A.S. vigente de 01 de febrero de 1990 a 30 de abril de 2018, tema que no fue objeto de reproche.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

SALARIO – VALOR PROBATORIO DE LAS CERTIFICACIONES

⁶ Archivo 000, Folios 23 a 24.

⁷ Archivo 000, Folios 27 y 28.

⁸ Archivo 000, Folios 29 a 40.

⁹ Archivo 000, Folios 25 a 26.



La Sala se remite a los términos de los artículos 127¹⁰ y 128¹¹ del CST, modificados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, sobre elementos integrantes de salario y pagos que no lo constituyen, respectivamente.

En este orden, no admite mayor discusión que los pactos de exclusión salarial previstos por el último de los preceptos reseñados, facultan a las partes para restar tal carácter a algunas sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador o, a beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extra legal por el empleador, siempre que hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie, sin que se pueda admitir tal estipulación, frente a aquellos conceptos que en forma categórica el artículo 127 *ejusdem*, califica como remunerativos.

En punto al tema de los pactos de exclusión salarial, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que cuando el pago que recibe el trabajador tiene como causa inmediata el servicio que presta, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario¹².

¹⁰ Artículo 127 del CST *"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adapte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones"*.

¹¹ Artículo 128 *ibidem*, *"No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar o cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad"*.

¹² CSJ, Sala Laboral, sentencia 37037 de 25 de enero de 2011.



La Corporación en cita también ha adoctrinado que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) sean sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, como subsidio familiar, indemnizaciones, viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación y; (v) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extra legal por el empleador, cuando **las partes hayan dispuesto expresamente** que no constituyen salario en dinero o en especie, como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad, siendo indispensable que el acuerdo sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues, no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo¹³.

Ahora, en lo atinente al valor probatorio de las certificaciones emitidas por el empleador, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que el juez laboral debe tener en principio como un hecho cierto el contenido de dichas constancias sobre temas relacionados con el contrato de trabajo,

¹³ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL1798 de 16 de mayo de 2018, reiterada en la SL 5479 de 12 de febrero de 2019.



sin embargo, bajo ciertas circunstancias, es posible apartarse de lo allí mencionado, siendo en todo caso carga del propio empleador probar esa circunstancia con tal contundencia que no deje sombra de duda¹⁴.

Siendo ello así, se determinará si los beneficios denominados “COMISIONES POR VENTA” y “BONIFICACIÓN PROMEDIO MENSUAL”, recibidos por Gustavo Pineda Pineda, constituían o no factor salarial.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la convocada a juicio¹⁵, (ii) Resolución SUB 95342 de 10 de abril de 2018, expedida por COLPENSIONES¹⁶, (iii) liquidación de prestaciones sociales y su adición¹⁷ y, (iv) comprobantes de egreso emitidos de enero de 2016 a junio de 2018¹⁸.

Se recibieron los interrogatorios de parte del Representante Legal de Transportes Flota Libertad S.A.S.¹⁹ y, de Gustavo Pineda Pineda²⁰.

¹⁴ CSJ, Sala Laboral, Sentencias con radicación N° 8360 de 08 de marzo de 1996, N° 11111 de 05 de noviembre de 1998, N° 35910 de 25 de agosto de 2009 y, N° 39050 de 05 de marzo de 2013.

¹⁵ Archivo 000, Folios 15 a 22.

¹⁶ Archivo 000, Folios 41 a 47.

¹⁷ Archivo 000, Folios 49 a 51.

¹⁸ Archivo 008, Folios 36 a 76.

¹⁹ Archivo 024. Min. 00:04:10. Geovany Francisco Arias Romero, Representante Legal de Transportes Flota Libertad S.A.S. Dijo que conoció al demandante como trabajador de Transportes Flota Libertad, era Auxiliar de Despacho desde 1990, mediante contrato de trabajo a término indefinido, ese vínculo terminó porque Gustavo Pineda se jubiló; el actor no tenía bonificación, comisión o incentivo por la labor que realizaba, aunque conoció las certificaciones laborales que indicaban que Gustavo Pineda tenía unas comisiones, las que se le entregaron al demandante como ayuda para obtener créditos en el sector financiero, uno en Colpatria y otro en Fogafin, desconoce el uso que se les dio; la liquidación que se entregó a Gustavo fue de acuerdo con los parámetros de ley; la cotización al sistema general de seguridad social se hacía por el valor del salario.

²⁰ Archivo 024. Min. 00:11:30. Gustavo Pineda Pineda, Pensionado. Manifestó que firmó contrato a término indefinido en 1990 con Transportes Flota Libertad, siendo Gerente Jesús Arias Lizarralde, a quien demandó porque desde que entró a trabajar a la empresa eran dos empleados que ganaban una comisión, siempre generaron unas utilidades de diez millones mensuales aproximadamente, pero él le dio un trato que no era digno; lo escrito en las certificaciones es cierto, las utilizó para lo que le certificaban, siempre le hablaron de comisiones; le reconocieron una comisión por venta equivalente al 3% de la producción bruta mensual desde que entró a trabajar, José Arias hacía un informe mensual de ventas brutas de la oficina, del que resultaba la utilidad bruta, seguro de la previsor, acarreo,



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No 031 2020 00083 01
Ord. Gustavo Pineda Vs TFLIBERTAD

Los medios de persuasión reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que lo recibido por Gustavo Pineda Pineda como “COMISIONES” y “BONIFICACIÓN PROMEDIO MENSUAL”, constituyen salario en los términos del artículo 127 del CST, no solo porque fueron pagos habituales sino porque no fueron excluidos expresamente de este carácter, por el contrario, en el párrafo de la cláusula segunda del contrato suscrito el 01 de febrero de 1990, se acordó *“Se aclara y se conviene que el 82.5% de los ingresos que reciba el trabajador por concepto de comisiones o de cualquiera otra modalidad variable del salario – en el evento de que así se estipule en este contrato o que de hecho devengue tal modalidad de salario el trabajador –, constituye remuneración ordinaria, y el 17.5% restante está destinado a remunerar los días dominicales y festivos de que tratan los Capítulos I y II del Título VII del Código Sustantivo del Trabajo”²¹*; entonces, vía interpretación o lectura extensiva no se podían incorporar exclusiones que no fueron objeto de acuerdo expreso, además esos pagos retribuían directamente el servicio prestado, teniendo como causa inmediata la actividad del trabajador, más aun atendiendo la denominación que se le dio a una de ellas, pues, el artículo 127 del CST expresamente indica que las comisiones constituyen salario.

En adición a lo anterior, la certificación de 31 de mayo de 1999 dice que la asignación del actor estaba compuesta por sueldo básico y

descargues, utilidad de transporte y conforme ello se liquidaba y pagaba mensualmente, a veces le daban copias, cuenta con aproximadamente 300 hojas de todo el tiempo pagado, inicialmente esa comisión se llamó acarreo para temas contables, su valor podía variar conforme a las utilidades, ahora puede ser de \$50.000.00, pero hace 20 o 30 años podía ser hasta de \$300.000.00, esa comisión fue por la que presentó reclamación en 2018; reclamó verbalmente el pago completo de su seguridad social, pero el Gerente solo le decía que renunciara, lo que no podía hacer; el contrato de 01 de febrero de 1990 estuvo vigente hasta 30 de abril de 2018, cuando se pensionó, desconoce por qué le hicieron firmar un nuevo contrato el 11 de febrero del 2017, en donde se indicó que no ganaba comisión sino bonificación, sin embargo, el contrato anterior no fue liquidado; usaban el término de bonificaciones, pero lo que recibía eran comisiones, incluso así está en la adición a la liquidación cuando habla de promedio de comisiones, por eso no presentó reclamación alguna; siempre ganó comisión de 3% sobre la utilidad bruta de la empresa, algunas veces quedó bien liquidado, pero otras no; siempre le pagaron comisiones por venta; mensualmente le pagaban su salario y comisiones en efectivo, lo que le adeudan concretamente es la liquidación correcta porque siempre fue sobre el salario mínimo, sin tener en cuenta las comisiones, además de 2010 a 2018 están mal liquidadas, los aportes a seguridad social se efectuaron sobre \$800.000.00 que era un poco más del salario mínimo; COLPENSIONES lo pensionó con aproximadamente 1.800 semanas, le reconocieron una pensión de \$830.000.00, un salario mínimo.

²¹ Archivo 000, Folios 23 a 24.



comisiones²² y, la de 31 de agosto de 2017 precisó, que además del salario básico el trabajador devengaba una bonificación promedio mensual²³.

Y, aunque Transporte Flota Libertad S.A.S. alegó que al suscribir el contrato de 11 de enero de 2017 se aludió a los mencionados pagos para exceptuarlos del carácter salarial, revisado dicho documento la cláusula cuarta párrafo señaló *“Las partes acuerdan que beneficios adicionales como bonificaciones, gastos de representación, pago de transporte urbano por diligencias de la empresa no constituyen parte del salario para liquidación y pago de prestaciones sociales”*²⁴, en este sentido, no se puede hacer extensivo dicho pacto a las *“COMISIONES”* y *“BONIFICACIÓN PROMEDIO MENSUAL”*., pues, como se reseñó, era indispensable un acuerdo expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, sin que fuera dable establecer cláusulas genéricas, tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. En este orden, se confirmará la decisión de primer grado.

REAJUSTE DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

²² Archivo 000, Folio 27.

²³ Archivo 000, Folio 28.

²⁴ Archivo 000, Folios 25 a 26.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No 031 2020 00083 01
Ord. Gustavo Pineda Vs TFLIBERTAD

En lo atinente a los aportes en pensión, la demandada deberá responder por el reajuste de las cotizaciones en los términos de los artículos 18 y 20 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el salario realmente devengado por el demandante de 01 de febrero de 1990 a 30 de abril de 2018, según los periodos determinados por el *a quo*, incluyendo todos los factores constitutivos de salario, valores que debe cancelar a COLPENSIONES, previa expedición del cálculo actuarial que para el efecto elabore la entidad de seguridad social. Siendo ello así, se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. N° 031 2020 00083 01
Ord. Gustavo Pineda Vs TFLIBERTAD

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'L' followed by 'A', 'G', 'V', 'C' and a final flourish.

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lucy Stella Vásquez Sarmiento' in a cursive style.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JORGE ENRIQUE NIÑO VELANDIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 08 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó la pensión de sobrevivientes a partir de 09 de septiembre de 2017, intereses moratorios, indexación y, costas¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 29 de abril de 1978 contrajo matrimonio con Rosalba García Zárate, a quien el Instituto de los Seguros Sociales – ISS mediante Resolución N° 19437 de 2007 le reconoció pensión de vejez; por problemas económicos debió vender el apartamento en que estaban domiciliados, su esposa se trasladó a Barranquilla en 2009 y, falleció el 09 de septiembre de 2017; el 30 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES la sustitución pensional, negada con Acto Administrativo 173006, determinación contra la que interpuso recursos de reposición y apelación, pero la entidad ratificó lo decidido².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió el matrimonio entre Niño Velandia y García Zárate, el reconocimiento pensional a la cónyuge del demandante, la fecha de fallecimiento de ésta y, la reclamación administrativa con decisión negativa. En su defensa propuso las

¹ Folios 9 a 10 y 34.

² Folios 1 a 9 y 35.



excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y, su buena fe³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que Jorge Enrique Niño Velandia es beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de Rosalba García Zárate, a partir de 10 de septiembre de 2017, con una mesada inicial de \$1'934.349.00; ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones pagar al demandante \$98'746.092.00 como retroactivo pensional causado de 10 de septiembre de 2017 a 31 de enero de 2021, debidamente indexado, sin perjuicio de las mesadas que se generen con posterioridad y, costas; autorizó los descuentos correspondientes a seguridad social en salud; absolvió a la enjuiciada de las demás pretensiones⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la entidad de seguridad convocada a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que si bien la jurisprudencia ha dicho que no necesariamente la pareja debe vivir en el mismo lugar, siempre que mantenga ánimo de permanencia, apoyo mutuo y solidaridad, en este caso, en la investigación administrativa Catalina Niño, hija de los mencionados, afirmó que su

³ Folios 43 a 47.

⁴ CD y Acta de Audiencia, Folios 61 a 62.



padre no visitó a su progenitora durante los nueve años de separación en la ciudad de Barranquilla, situación que no logró ser infirmada con las pruebas recaudadas, por el contrario, el accionante en su interrogatorio de parte dijo que en Barranquilla no estaba más de un día, debido a problemas personales que tenía con el esposo de su hija Catalina y, el testigo Héctor Restrepo Zuleta adujo que las visitas eran de fines de semanas, por ende, se debe revocar la decisión⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que el 29 de abril de 1978 Jorge Enrique Niño Velandia y Rosalba García Zárate contrajeron matrimonio por el rito católico, como dan cuenta el acta⁶ y el registro civil de matrimonio⁷.

Mediante Resolución N° 019437 de 2008, el Instituto de los Seguros Sociales – ISS otorgó a Rosalba García Zárate pensión de vejez a partir de 02 de octubre de 2007, en cuantía inicial de \$1'274.070.00, pensionada que falleció el 09 de septiembre de 2017; situaciones fácticas que se coligen del referido acto administrativo⁸ y, el registro civil de defunción⁹.

⁵ CD Folio 52.

⁶ Folio 13.

⁷ Folio 12.

⁸ CD Folio 56, Documento: GRP-HPE-EV-CC-41637674, Folios 3 a 4.

⁹ Folio 14.



El 30 de abril de 2019, Jorge Enrique Niño Velandia, en calidad de cónyuge *supérstite*, solicitó a COLPENSIONES la pensión de sobrevivientes, negada con Resoluciones SUB 173006 de 03 de julio¹⁰, SUB 216622 de 13 de agosto¹¹ y, DPE 9362 de 09 de septiembre de 2019¹², bajo el argumento que no acreditó el requisito de convivencia con la causante.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Atendiendo la fecha de fallecimiento de la pensionada, 09 de septiembre de 2017¹³, las disposiciones que regulan la prestación anhelada son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, a cuyos términos se remite esta Sala de Decisión.

En este orden, se determinará si hubo o no vida marital y, convivencia efectiva de Rosalba García Zárate con Jorge Enrique Niño Velandia en condición de cónyuges no inferior a cinco (05) años, en cualquier tiempo, tomando en consideración la real cohabitación, basada en la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y

¹⁰ Folios 23 a 25 y, CD Folio 56, Documento: GRF-AAT-RP-2019_5616610-20190703124251.

¹¹ Folios 26 a 29 y, CD Folio 56, Documento: GRF-AAT-RP-2019_9412383-20190813085502.

¹² CD Folio 56, Documento: GRF-AAT-RP-2019_9412383_2-20190909105912.

¹³ Folio 14.



colaboración, pues, en el derecho a la pensión de sobrevivientes la ley concede especial relevancia a la convivencia responsable y efectiva al momento del óbito¹⁴.

Ahora, la convivencia se debe evaluar de acuerdo con las particularidades de cada caso, en tanto, podrían existir circunstancias frente a las que los cónyuges o compañeros tengan imposibilidad de cohabitar bajo un mismo techo, como las relacionadas con hechos o afectaciones de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, que no implica de manera inexorable que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja, que superan su concepción meramente física de compartir el mismo domicilio¹⁵.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de tradición y libertad del predio con matrícula inmobiliaria N° 50C – 752084¹⁶, (ii) comunicaciones de 23 de marzo y 10 de octubre de 2006, suscritas por la causante, dirigidas al Gerente de Recursos Humanos y al Gerente General de CODENSA S.A., respectivamente, solicitándoles renegociación de un préstamo de vivienda y descuento de la deuda¹⁷ y, (iii) expedientes administrativos del actor y, de la *de cujus*¹⁸. También, se recibió el interrogatorio de parte de

¹⁴ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 11245 de 02 de marzo de 1999.

¹⁵ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 70.535 de 26 de febrero de 2020.

¹⁶ Folios 17 a 19.

¹⁷ Folios 20 a 22.

¹⁸ CD Folios 55 y 56.



Jorge Enrique Niño Velandia¹⁹, así como el testimonio de Héctor Román Restrepo Zuleta²⁰.

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que al deceso de Rosalba García Zárate su vínculo conyugal con Jorge Enrique Niño Velandia se encontraba vigente, pues, el registro civil de matrimonio carece de anotación de cesación de efectos civiles del vínculo religioso, asimismo, demuestran la convivencia de la pareja como familia por más de 25 años desde que contrajeron nupcias, en tanto, a partir de 2005 decidieron separarse, como lo aceptó el actor en su interrogatorio de parte, aunque aclaró que ello obedeció a la difícil situación económica que estaban atravesando, por la que tuvieron que vender el apartamento en que residían, circunstancias que fueron corroboradas por el testigo Héctor Román Restrepo Zuleta, así como por los escritos de 23 de marzo y 10 de octubre de 2006, suscritos por la *de cuius*, dirigidos al Gerente de Recursos Humanos y al Gerente General de Codensa S.A., respectivamente, en el primero, solicitando renegociación de su préstamo de vivienda²¹ y, en el segundo, peticionando un descuento sobre la deuda total del préstamo²².

¹⁹ CD Folio 88, Min. 00:02:00. Jorge Enrique Niño Velandia. Dijo que se separó de su cónyuge debido a la situación económica, debieron vender el apartamento que tenían, por lo que acordaron que ella se iría a la ciudad de Barranquilla, eso ocurrió en 2009, tenían contacto permanente, ella venía a Bogotá, fue en algunas ocasiones a Barranquilla, con posterioridad no volvieron a vivir en el mismo sitio, debido a la situación económica, aunque venían hablando de la posibilidad de trasladarse a Bogotá; Rosalba se fue a vivir con su hija que trabajaba en Barranquilla; tuvieron dos hijos, uno de ellos Andrés Felipe Niño que estudiaba en Londres, pero no han vuelto a tener contacto, con su otra hija tampoco ha tenido contacto, debido a que su compañero permanente un día golpeó a Andrés Felipe, por lo que se distanciaron, tanto que un día fue a Barranquilla y su hija le dijo que se vieran en otro sitio porque su pareja no permitía que fuera a la casa, eso fue antes del fallecimiento de su cónyuge: cuando visitaba a su cónyuge en Barranquilla, se quedaba con un amigo o en un hotel, aunque el mismo día que iba se regresaba porque la condición económica no se lo permitía; vendieron el apartamento muy barato porque tenía embargos de la empresa de energía y DAVIVIENDA, también se debía la administración, los \$10'000.000.00 que quedaron se los entregó a su cónyuge, después ella pudo obtener la pensión para subsistir, esporádicamente ella le ayudó; se colaboraban con las diligencias que tenían que hacer.

²⁰ CD Folio 88, Min. 00:17:20. Héctor Román Restrepo Zuleta. Depuso que conoció a Rosalba García cuando fueron profesores del distrito, ella estudió economía y el derecho, Rosalba trabajó en la Empresa de Energía de Bogotá, conoció al demandante trabajando en ACCIÓN COMUNAL, sabe que ellos contrajeron matrimonio en el año "78 más o menos", tuvieron dos hijos de nombres Andrés Felipe y Catalina, quien vivía en Barranquilla, sabe que en 2005 tuvieron una crisis económica, porque sacaron un apartamento en Normandía y se alcanzaron en las cuotas, Rosalba sacó un dinero en la empresa de energía, pero se lo robaron, tenían muchas deudas, les ayudó a pagar alguna parte de la deuda de la administración; les aconsejó que Rosalba se fuera a vivir a Barranquilla, mientras Jorge pagaba las deudas en Bogotá, pero estuvieron visitándose y pendiente el uno del otro, tanto que cuando Rosalba se enfermó, Jorge compró el pasaje para irse a Barranquilla, pero antes de viajar ella falleció, eso fue en 2017; se colaboraron económicamente cuando podían; tuvo una oficina con el demandante, pero no recuerda desde cuándo empezaron, le consta que el actor y Rosalba tenían contacto, un trato amable. Los visitó en algunas oportunidades en su casa; cuando el actor viajaba a Barranquilla, ese viaje podía durar un fin de semana; no sabe quien pagó los gastos funerarios de la causante.

²¹ Folios 20.

²² Folios 21 a 22.



Asimismo, en el informe técnico de investigación con radicado N° 2019 _ 5616610, se consignó que Catalina del Pilar Niño García, en condición de hija de actor y de Rosalba García Zárate, aseveró que sus padres convivieron por *“muchos años”* en Bogotá, sin embargo, durante los últimos 9 años anteriores al deceso de la causante, ésta vivió en Barranquilla, además, que la pareja nunca se separó legalmente y, que *“a pesar de la separación de cuerpos, sostenían una buena relación y se comunicaban frecuentemente por teléfono, aseguró que durante este tiempo el solicitante nunca viajó a la ciudad de Barranquilla a visitar a la causante”*²³.

Cumple precisar, que si bien no se evidencia la persistencia de lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua con posterioridad a la señalada separación, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio, ello no se puede tener como indispensable para el surgimiento del derecho pensional, pues, constituiría la exigencia de un requisito adicional no previsto en la ley para su obtención, como lo ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁴.

De lo expuesto se sigue, que Niño Velandia tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge *supérstite*, por acreditar los condicionamientos legales, esto es, convivencia con la causante no inferior a cinco (05) años en cualquier tiempo, prestación que procede a partir de 10 de septiembre de 2017, en proporción de 100% de la de vejez que correspondía a aquella, que impone confirmar la sentencia apelada y consultada en este aspecto.

²³ CD Folio 56, Documento: GEN-REQ-IN-2019_5616610-20190625025123.

²⁴ CSJ, Sala Casación Laboral, sentencia SL - 2015 de 28 de abril de 2021.



Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador²⁵, adjuntas a esta decisión, se obtuvo **\$92'498.705.30** como retroactivo pensional causado de 10 de septiembre de 2017 a 31 de enero de 2021, inferior al otorgado por el *a quo* – \$98'746.092.00 –, en este orden, atendiendo que dicho valor se revisa en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se modificará en este tema la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se autoriza a COLPENSIONES para que descuenta del retroactivo adeudado el valor correspondiente a los aportes en salud y los transfiera a la EPS en donde se encuentre afiliado o se afilie el demandante, al ser una obligación de orden legal de las entidades pagadoras de pensiones, como lo ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁶, en este sentido, se confirmará la decisión de primer grado.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a lo dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS; así como a lo adocinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, en cuanto a que en materia pensional por sabido se tiene, que al tratarse de una prestación de tracto sucesivo y carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en sí mismo sino respecto de las mesadas dejadas de cobrar por tres años²⁷.

²⁵ Creado mediante Acuerdo PSAA15-10402 de 2015.

²⁶ CSJ, Sala Laboral, Sentencia con radicado 52165 de 04 de noviembre de 2015, que reitera las sentencias con radicado 46576 de 23 de marzo de 2011, 52643 de 17 de abril de 2012, entre otras.

²⁷ CSJ, Sala Laboral, Sentencia con radicado 35812 de 26 de enero de 2006.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 037 2019 00687 01
Ord. Jorge Niño Vs. COLPENSIONES

En el *examine*, la pensión de sobrevivientes se hizo exigible a partir de 09 de septiembre de 2017²⁸, el demandante la reclamó el 30 de abril de 2019, negada con Resolución de 03 de julio siguiente²⁹, confirmada con Actos Administrativos de 13 de agosto³⁰ y 09 de septiembre de la última anualidad en cita³¹ y, el *libelo incoatorio* se radicó el 16 de septiembre de 2019, como da cuenta el acta de reparto³², en consecuencia, no se configuró el medio exceptivo propuesto. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocer y pagar **\$92'498.705.30** como retroactivo pensional liquidado de 10 de septiembre de 2017 a 31 de enero de 2021, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se causen con posterioridad. Autorizar a la entidad de seguridad social demandada a descontar del valor adeudado como retroactivo los aportes a seguridad social en salud, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

²⁸ Folio 30.

²⁹ Folios 23 a 25 y, CD Folio 56, Documento: GRF-AAT-RP-2019_5616610-20190703124251.

³⁰ Folios 26 a 29 y, CD Folio 56, Documento: GRF-AAT-RP-2019_9412383-20190813085502.

³¹ CD Folio 56, Documento: GRF-AAT-RP-2019_9412383_2-20190909105912.

³² Archivo 01, Folio 34.

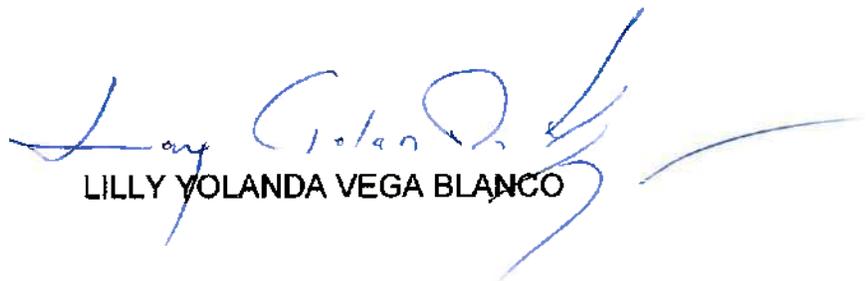


Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 037 2019 00687 01
Ord. Jorge Niño Vs. COLPENSIONES

SEGUNDO.- CONFIRMARLA en lo demás. Sin costas en la alzada.

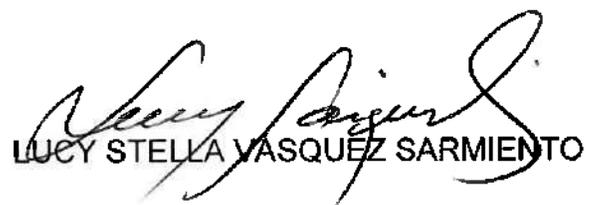
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE REINSTALACIÓN – DE JUAN CARLOS CAMELO SÁNCHEZ CONTRA BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. VINCULADO SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA AGROINDUSTRIA, COMERCIALIZADORA Y TRANSPORTE DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS, TABACO Y CIGARRILLOS – ASOTRACIGA.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal conforme a los términos acordados en la Sala Séptima de Decisión, contenidos en el acta de la fecha, resuelve de plano y emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la convocada a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 11 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta ciudad¹.

¹ Archivos 046 y 047, audio y acta de audiencia.



ANTECEDENTES

El actor demandó la restitución de sus condiciones laborales anteriores a 04 de enero de 2021 o su reinstalación a un cargo de igual o superior jerarquía, en consecuencia, se le reconozcan reajustes salariales, prestacionales de ley y convención y, de cotizaciones a seguridad social, que resulten de las diferencias entre lo devengado como Vendedor y Gestor Modelo de Distribución Alternativa, indemnización por daños morales y, costas².

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que labora para la demandada desde 16 de abril de 2010, mediante un contrato de trabajo de duración indefinida, con un salario a 03 de enero de 2021 de \$1'362.872.00 y un promedio de comisión por ventas de \$1'640.000.00, en el cargo de Vendedor Auto Venta, siendo sus funciones "negociar y vender a los clientes, alcanzar los objetivos de distribución, disponibilidad y frescura de producto y manejo de rotación de stock; mantener base de datos de clientes, monitorear el desempeño de las marcas de la compañía en el mercado, entre otras"; la empresa cuenta con un portafolio de cigarrillos de las marcas Rothmans, Lucky Strike, Pall Mall, Newport, Camel y, Starlite, cuchillas Gillette y, encendedores Tokai, su modelo de venta se basaba en que el trabajador visitara físicamente los clientes haciendo rutas y visitas, manteniendo un esquema de remuneración variable – Renta Variable – que le garantizaba un ingreso mensual; sin embargo, a partir de 04 de enero de 2021 se implementó el siguiente modelo de ventas³:

² Archivos 005, 009 y 010 – Folio 12.

³ Archivos 005, 009 y 010 – Folio 7, Hecho 9°.



Cargo	Función	Grado
Vendedor mayorista o representante de ventas	Atención a grandes superficies.	Grado 32.
Vendedor senior tienda a tienda con camioneta	Atención clientes grandes	Grado 31.
Vendedor junior tienda a tienda en moto	Atención clientes pequeño	Grado 30.
Vendedor supernumerario	Reemplazo de rutas por vacaciones, calamidades, enfermedades, etc.	Grado 31

La empresa cambió el modelo de venta en Bogotá y Bucaramanga, pasando de Auto Venta a Preventa y, redistribuyó la atención a clientes en Cali, Medellín, Cartagena y Barranquilla; el 04 de enero de 2021 British American Tobacco Colombia S.A.S. reunió a los vendedores, en su mayoría directivos sindicales, expuso el cambio de modelo de ventas y, propuso un plan de retiro voluntario, además, les ofreció el pago de la liquidación de prestaciones sociales definitivas y un bono en dinero, con la advertencia que de no aceptar el acuerdo, la indemnización sería la establecida en la ley. Al rechazar la propuesta recibió una comunicación en que le informaban el cambio de sus condiciones laborales y, que desde ese momento su asignación sería la de “Gestor de modelo de distribución alternativa posición provisional”, que se desarrollaría en tres fases: (i) corroborar la información de la base de datos por medio de la visita presencial de los puntos asignados diariamente sujeta a validación y corrección, (ii) gestión telefónica de confirmación de bases con validación cruzada de información y, (iii) disposición de un *Call Center* con asignación de nuevos posibles clientes, productos diferentes a los comercializados personalmente, de poco reconocimiento y aceptación en el mercado, imponiendo un esquema; previamente ofrecía y vendía productos de marcas estratégicas y con alta aceptación de los clientes, en la actualidad comercializa vía telefónica productos de



segunda categoría como cuchillas safari marca *Tokai*, cepillos de dientes *Seikou*, encendedores *Clipper*, dulces *Chao* de cereza y, gomas *Trululú* en varias presentaciones, que también son distribuidos por otras empresas y ofrecidos con mejores precios; debe efectuar 106 llamadas efectivas diarias y vender 15 ristras de productos, atendiendo un guion de servicio suministrado por la empresa, que de no cumplir o aplicar le resta puntos, disminuyendo su salario variable. El 15 de febrero de 2021 fue notificado de la modificación unilateral del esquema de renta variable, así: “- *Gestión telefónica: # de llamadas 10% máximo 110% - Coeficiente de calidad: 5% - Adherencia: 10% - Gestión Comercial: Volumen total 50% máximo 110% unidad de medida: Ristra - Efectividad: 15% - Cobertura: 10%*” y, del cambio de su lugar de trabajo a un *call center*, al que también fueron dirigidos 46 trabajadores aforados y, uno no aforado, pero con estabilidad laboral reforzada; el 08 de marzo siguiente, la empresa le indicó jornada laboral, actividades y tiempos para desarrollar la gestión telefónica; la enjuiciada mantiene el modelo de preventa. Es Secretario de Formación del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Agroindustria, Comercializadora y Transporte de Productos Agroalimentarios, Tabaco y Cigarrillos – ASOTRACIGA, a pesar de ello, la convocada no solicitó permiso al Ministerio del Trabajo para trasladarlo y/o modificar sus condiciones laborales⁴.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En audiencia de 04 de junio de 2021, British American Tobacco Colombia S.A.S. respondió el *libelo incoatorio*, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la

⁴ Archivos 005, 009 y 010 – Folios 6 a 12.



existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida, a partir de 16 de abril de 2010, el salario devengado, las funciones desempeñadas, el rechazo por el demandante de la propuesta económica presentada por la empresa, el descuento de puntos por incumplimiento de llamadas que afecta el salario variable, la indicación de jornada laboral, actividades y tiempos para desarrollar la gestión telefónica, la aplicación del modelo comercial de preventa y, el cargo del actor como Secretario de Formación en ASOTRACIGA. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de desmejora o traslado, ausencia de causa para pedir y carencia de objeto, improcedencia de reinstalación al cargo de vendedor y, prescripción⁵.

El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Agroindustria, Comercializadora y Transporte de Productos Agroalimentarios, Tabaco y Cigarrillos – ASOTRACIGA coadyuvó las pretensiones y fundamentos fácticos del *libelo incoatorio*⁶.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que Juan Carlos Camelo Sánchez tiene derecho a la reinstalación en el cargo de Vendedor en las mismas condiciones que tenía antes de 04 de enero de 2021, bajo un modelo de trabajo presencial auto venta o preventa, en consecuencia, ordenó a British American Tobacco Colombia S.A.S. restablecer las condiciones laborales del actor como Vendedor en el modelo Auto Venta o Preventa;

⁵ Archivo 026, Minuto 00:10:00 y, Archivo 031.

⁶ Archivo 026.



absolvió a la enjuiciada de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas e; impuso costas a la demandada⁷.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, British American Tobacco Colombia S.A.S. interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que no hubo un análisis juicioso de las pruebas allegadas, entre ellas, los testimonios de Luis Alberto Camargo, Martha Montaña y Enrique Peña, además, debió prosperar la tacha de los testigos de la parte demandante, pues, fueron parcializados al hacer manifestaciones sin conocer las condiciones de tiempo, modo o lugar, en que Camelo Sánchez prestó sus servicios antes de 04 de enero de 2021, ya que, no laboraron juntos, a su vez, Enrique Santos estableció que *“unos con otros nunca estaban juntos”*, por ello, no tenían cómo saber lo que hacían *“los unos o los otros”*, es decir, con esas pruebas no se pueden establecer las condiciones en que Juan Camelo prestaba servicios antes de 04 de enero de 2021, siendo evidente que los testimonios no se pueden tener en cuenta, debido a sus contradicciones, por ejemplo, Luis Camargo y *“el señor Vera”*, al referirse a las condiciones de remuneración de la renta variable, a pesar que hicieron una exposición amplia de la situación del peso y, del porcentaje, cuando fueron cuestionados por la especificidad de los factores y, de cuánto percibía Juan Camelo, dijeron que no sabían, que no les constaba, sin que sea posible dar validez a dichos deponentes, tampoco a lo narrado por Martha Montaña quien afirmó que no prestaba servicios con el actor, dado que, todos estaban en sitios diferentes. Se demostró que el demandante tiene una condición en la

⁷ Archivos 046 y 047, audio y acta de audiencia.



organización sindical, sin embargo, no se acreditó que ésta fuese un factor determinante para el cambio de modelo comercial, ni que existiera desmejora en cualquier otra condición, surgiendo claro que las condiciones laborales del accionante no habían sido mejoradas, por lo que no es cierto que dejara de percibir las variables, tampoco que al ser menores las referencias en el modelo de preventa, respecto de las de auto venta, ello fuera un factor en contra del demandante, que en todo caso, sería una controversia comercial que no concierne a esta jurisdicción, porque, la decisión del *a quo* no se puede sustentar en análisis de productos, valores y, calidad, menos cuando no se decretó un dictamen pericial al respecto. Ahora, con el testimonio de Tijerino Somarriba no se podía establecer que las ventas son ostensivamente menores, dado que, solo fue interrogado por la venta en categoría 2 durante el mes de mayo, sin indagársele acerca de los meses en los que se llevaba implementado el modelo, que a su vez el testigo indicó estar en proceso, sin que sea competente el juez laboral para analizar un modelo comercial, pues, implicaría que la empresa anticipara que lo debatido versaría sobre un análisis de ventas e indicadores, cuyas condiciones no deben ser explicadas en este juicio, asimismo, el juzgador de primer grado dijo que hubo un mínimo de trabajadores que se llevó al modelo de televentas; si bien es cierto el señor Harold Beltrán dijo que *“si en algún momento no se cumple con las expectativas de las ventas es porque los trabajadores, perdóneme la expresión, no quieren, porque ellos no están dando de sí”*, en ninguna parte se observa que los testigos hubieran dicho que no se encontraban en condiciones y que no debían mejorar las ventas, más porque un vendedor experimentado tiene que cumplir con su labor, que implica una motivación más grande, debido a que si los trabajadores disminuyen premeditadamente sus servicios y capacidades, se configura una justa causa de terminación de contrato, como quiera que las metas y su cumplimiento están directamente



relacionados con la manera en que el trabajador presta el servicio. Sobre la respuesta de la representante legal a la pregunta “¿cuántos trabajadores hay?”, ésta no discriminó si se trataba de trabajadores sindicalizados o no sindicalizados, porque para la empresa todos son trabajadores, a su vez, con los testigos se explicó la necesidad del cambio. En el modelo de *preventa – televenta*, el cumplimiento de parámetros o un libreto no coarta la libertad del trabajador, pues, es claro que se deben seguir las instrucciones del empleador, tanto, que los testigos aseguraron que estaban obteniendo comisiones. Adicionalmente, antes de 04 de enero del 2021, el actor manejaba dinero en efectivo y hacía labores de cobranza, por ello, en su beneficio se le pasó a un lugar en que no corre riesgo alguno, aunque no se estableció como riesgosa la actividad de conducción. El esquema de *preventa* obedeció a una restructuración fundamentada, como ejercicio de la libertad comercial, tal esquema regula y ejecuta una actividad que responde a las necesidades actuales, por ende, cualquier modificación del empleador no implica desmejora para el trabajador, lo que objetivamente se demostró es que el salario del accionante mejoró. Tampoco se acreditó algún tipo de discriminación a los trabajadores del sistema de *preventa – televenta*, debiéndose en todo caso enfocar el juicio en Camelo Sánchez, pues, analizar las condiciones de otros trabajadores sería asaltar la buena fe y el debido proceso de la compañía, además, el trabajador siempre tuvo las mismas funciones en su cargo de vendedor, que podían de todas formas cambiar en aplicación del *ius variandi*, Juan Carlos Camelo confesó que ya había vendido categorías 1 y 2, por lo que se debió limitar el juez a la fijación del litigio, es decir, si existió o no desmejora. A la empresa le corresponde garantizar la seguridad del trabajador, concediéndole tiempos para pausas activas y, descansos. Por último, en caso de confirmarse la sentencia, las costas no deben ser exclusivamente a



cargo de la empresa, toda vez que no prosperaron la totalidad de las pretensiones⁸.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso que desde 16 de abril de 2010, Juan Carlos Camelo Sánchez labora para British American Tobacco Colombia S.A.S., inicialmente fue contratado como Vendedor y, a partir de 04 de enero de 2021 asignado al cargo de Gestor de Modelo de Distribución Alternativa (Posición provisional), situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo y sus anexos⁹, la comunicación de 04 de enero de 2021¹⁰ y, los desprendibles de nómina emitidos de mayo de 2020 a abril de 2021¹¹.

El 19 de julio de 2019 Camelo Sánchez fue elegido segundo suplente de la Junta Directiva de Sindicato Nacional de Trabajadores de la Agroindustria, Comercialización y Transporte de Productos Agroalimentarios, Tabaco y Cigarrillos – ASOTRACIGA, como da cuenta la certificación de 20 de mayo de 2021, emitida por la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo¹²; además, el 02 de febrero de 2021, se registró ante ese ministerio la modificación de la junta directiva de la organización sindical, en que Camelo Sánchez tiene el cargo de Secretario de Formación, siendo tercer suplente de la junta directiva¹³.

⁸ Archivo 046, audio.

⁹ Archivo 004, Folios 1 a 7 y, Archivo 009, Folios 4 a 10.

¹⁰ Archivo 004, Folios 9 a 11 y, Archivo 009, Folios 12 a 14.

¹¹ Archivo 004, Folios 12 a 35 y, Archivo 009, Folios 15 a 38.

¹² Archivo 019, Folio 3.

¹³ Archivo 004, Folios 78 a 79.



Con escrito de 04 de enero de 2021, British American Tobacco Colombia S.A.S. informó al accionante que procedería a reasignar funciones alternas y transitorias, por ello, *"su nueva asignación será: Gestor de modelo de distribución alternativa (Posición provisional)"*¹⁴.

El 03 de marzo de 2021, Camelo Sánchez reclamó ante la enjuiciada la restitución de sus condiciones laborales y, el reconocimiento y pago del reajuste salarial, de prestaciones sociales legales y convencionales y, de aportes a seguridad social, así como indemnizaciones por daños morales, afectación a bienes constitucionales y, daño a la vida en relación¹⁵.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada.

EXISTENCIA DEL FUERO SINDICAL

En los términos del artículo 406 del CST, se señalan los trabajadores a quienes se extiende la protección foral, indicando en su literal c), que gozan de esta garantía *"Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más"*.

¹⁴ Archivo 004, Folios 9 a 11 y, Archivo 009, Folios 12 a 14.

¹⁵ Archivo 004, Folios 80 a 81 y, Archivo 009, Folios 83 a 84.



En el *examine*, como se reseñó, el 19 de julio de 2019, se allegó al Ministerio de Trabajo información sobre la conformación de la Junta Directiva Nacional de ASOTRACIGA, en que el actor aparece como segundo suplente¹⁶; asimismo, el 02 de febrero de 2021 se diligenció ante ese ministerio la “CONSTANCIA DE REGISTRO MODIFICACION DE LA JUNTA DIRECTIVA Y/O COMITÉ EJECUTIVO DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL”, comunicando la elección del demandante como tercer suplente de la Junta Directiva, en el cargo de Secretario de Formación, situación última que la enjuiciada aceptó al contestar el *libelo incoatorio*; siendo ello así, Camelo Sánchez se encuentra protegido por la garantía foral desde 19 de julio de 2019.

REINSTALACIÓN

En los términos del artículo 405 del CST, el fuero sindical “*es la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.*”

Con arreglo al precepto en cita, cualquier decisión del empleador que implique la terminación, modificación de condiciones laborales o traslado del trabajador aforado a otro establecimiento o municipio, debe ser previamente calificada por el juez del trabajo, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico.

¹⁶ Archivo 019, Folio 3.



Cumple precisar, que el traslado se entiende como cambio de un establecimiento a otro, de un municipio a otro o, de una dependencia a otra, situación que impone al empleador la solicitud previa del permiso ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social, para que el juez del trabajo, con apoyo en las pruebas allegadas, califique la justa causa en que se apoya el empleador y, autorice o niegue el levantamiento del fuero sindical, situaciones que no ocurrieron en el asunto.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) escritos de 08 de marzo de 2021, dirigidos a Javier Gutiérrez y Julián David Restrepo, en que la empresa describe las actividades que deben desarrollar durante la jornada laboral de 07:00 a.m. a 05:30 p.m.¹⁷, (ii) comunicación de 22 de enero de 2021, remitida por la demandada a Yenny Paola Franco, informando que ha sido promocionada al grado 31 de Vendedor, a partir de 01 de febrero siguiente, con un incremento *Total Cash* de 17%, un salario mensual de \$1'105.218.00, *Target* de comisiones de \$1'193.635.00 y, *Smart Payment* de \$88.417.00¹⁸, (iii) misiva de 15 de febrero de 2021, con destino a Julián David Restrepo, bajo el asunto "*Comunicación cambio de modelo de renta variable*" y, sus anexos¹⁹, (iv) certificado de existencia y representación legal de la convocada a juicio²⁰, (v) descripción del cargo de Vendedor TAT Preventa y Autoventa²¹, (vi) cuadro sinóptico de carrera como generalista²² y, (vii) certificación de inscripción de

¹⁷ Archivo 004, Folios 36 y 38.

¹⁸ Archivo 004, Folio 37.

¹⁹ Archivo 004, Folios 39 a 49.

²⁰ Archivo 004, Folios 50 a 69.

²¹ Archivo 004, Folios 70 a 76.

²² Archivo 004, Folio 77.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. 040 2021 00050 01
F.S. Juan Carlos Camelo v. British American Tobacco Colombia S.A.S.

ASOTRACIGA con registro sindical N° 001448 de 17 de julio de 2003, con domicilio en Soacha, Cundinamarca²³.

Se recibieron los interrogatorios de parte de Juan Carlos Camelo Sánchez²⁴ y de la Representante Legal de British American Tobacco²⁵,

²³ Archivo 039, Folio 2.

²⁴ Archivo 039, min. 00:21:05. Juan Carlos Camelo Sánchez, Bachiller. Dijo que es Vendedor, presta servicios a British American Tobacco Colombia hace 11 años y 4 meses, se vinculó el 16 de abril de 2010. Para efectos de obtener el pago de la renta variable, es decir, las comisiones, con anterioridad al 04 de enero de 2021 debía cumplir con los indicadores fijados en el esquema o en la estructura de renta variable, debía cumplir al menos con el 90% de los indicadores del esquema, a partir de la fecha siguiente continuó igual, debía vender productos relacionados con el esquema de volumen más productos que corresponden a la categoría 2, luego del cambio pasó de 9 indicadores a 6, debido a que los productos que están vendiendo ahora son Chinos, no tienen ninguna relevancia en el consumo masivo de los clientes; en el esquema anterior vendía 50 referencias que son líderes en el mercado, ahora solo venden 2 categorías, las cuchillas de afeitar marca Zafarí, que son productos Chinos y, cuchillas y cepillos dentales para adulto y niño que también son Chinos, a través del call center, antes de 04 de enero de 2021 visitaba los puntos de venta, debía vender un 85% para cumplir con el indicador del esquema vigente, actualmente debe hacer 106 llamadas diarias y, vender aproximadamente un 7.5%, que equivalen a 8 ventas al día; antes debía impactar 400 clientes al mes y ahora 90, sin embargo, los clientes no conocen el producto, incluso le han dicho que lo quieren devolver; hay un porcentaje de adherencia que se refiere al tiempo destinado para ejercer la labor de ventas, es decir, el tiempo para realizar las llamadas, la compañía tiene una jornada de nueve horas diarias, siendo medido por siete horas, tiene 40 minutos de pausas activas, una hora de almuerzo, 30 minutos de break y, 5 minutos para ir al baño, tiene asegurado un 25% del sistema de cumplimiento únicamente por labores de vendedor, aún sin realizar venta alguna, sus ingresos siempre han sido variables, acepto la cláusula del contrato que dice que la compañía tiene la facultad para modificar en forma unilateral las condiciones o los indicadores de renta variable, pero los productos que venía trabajando eran líderes en el mercado, lo que permitía que pudiera ganar la renta variable, con el sistema de dos líneas no se va a lograr; tenía un puesto fijo en la sucursal de Montevideo, allí tenía un cubículo, impresora, máquina, cafetería, baño, bodega y, punto de marketing, sus servicios los prestaba desde ese lugar, saliendo a hacer la ruta Fontibón, en la que llevaba un promedio de tres años; en 2021 ha recibido valores por concepto de renta variable, superiores a 2020, no tiene contacto directo con los clientes, no interactúa con ellos, lo que se tiene es un protocolo de llamada, debido a esto no se puede hacer el cierre de la venta como debe ser, porque los clientes no conocen el producto físico, entonces la venta es muy difícil, la empresa le dio un rutero, unos clientes que en unas reuniones anteriores la empresa dijo que iban a manejar con los cigarrillos o con otras referencias, se han venido manejando de todos los clientes de toda categoría.

²⁵ Archivo 039, min. 00:39:20. Susana Dennis Liévano, Abogada. Manifestó que es Representante Legal de British American Tobacco, actualmente en la empresa existen los cargos de auto venta, preventa y preventa tele venta, el cargo de vendedor se mantiene bajo el rol de Gestor de Modelo de distribución Alternativa posición provisional; el actor desarrollaba el cargo de vendedor auto venta en una ruta que le fue asignada se llamaba 07P, tenía diversos lugares de la ciudad asignados, recogía el carro y la mercancía, luego dejaba el carro y el dinero en la oficina de Montevideo, en esa sucursal el trabajador encontraba elementos de trabajo como vehículos, mercancía que le suministraba la empresa para la venta, un banco donde debía entregar el dinero que recogía con la actividad de auto venta, recibía el rutero de venta asignado; en la actualidad el demandante se desempeña como Vendedor en el lugar que se conoce como Alcázar; antes de 04 de enero de 2021, el cargo de Vendedor auto venta consistía en tener una ruta asignada, hacer el recorrido de la ruta en el vehículo que la compañía brinda para ese propósito, Camelo Sánchez debía entregar el producto que vendiera, debía recolectar el dinero y luego regresar el vehículo, la mercancía que no se hubiera entregado y el dinero que hubiera recaudado; el cargo de Vendedor en la modalidad de preventa tele venta debe realizar una preventa de manera telefónica, luego debe entregar los pedidos a los clientes, debe cumplir los parámetros, la variable que resulta en comisiones, debiendo cumplir por lo menos el 90% para recibirlas, también debe cumplir 6 variables, el año anterior eran 9; antes de 04 de enero de 2021 el demandante vendía productos de categoría 1 y 2, hoy en día debe vender en su rol de preventa tele venta productos de categoría 2, la categoría 1 incluye cigarrillos Premium, la categoría 2 cuchillas de afeitar y encendedores marca Tokai y Clipper y, gomitas Trululú; antes de 04 de enero de 2021 el actor tenía 9 referencias, primera categoría de volumen para cigarrillos Premium, "Valiformani" y, "low", segunda categoría, efectividad, cobertura para SKU y, cartera; en el cargo que desempeña el demandante de Vendedor de preventa tele venta tiene que cumplir con 6 variables que son el volumen aplicable a la segunda categoría, la cantidad de llamadas y adherencia, la calidad de las llamadas, la cobertura y la efectividad, debe llegar al 90%, igual que el año pasado; frente a la renta variable, específicamente el tema de volumen, la diferencia antes y después de 04 de enero es el volumen que era de 60% y ahora 50%, es decir, antes productos categoría 1 y 2 60%, ahora categoría 2 50%; el cambio de modelo afectó al 100% de la compañía aforados, no aforados, sindicalizados y, no sindicalizados, en la sede Alcázar fueron ubicados de 35 a 37 trabajadores, de esos 30 eran sindicalizados, otros ejecutan labores dentro de la compañía, actualmente hay 25 sindicalizados, pero desconoce los motivos, sin embargo, han habido 10 terminaciones por mutuo acuerdo; el indicador de adherencia es el tiempo de gestión de las llamadas, entonces, siendo la jornada de 9 horas y media, solamente deben tener una adherencia de 7.5, a las que a su vez se agregó una excepción reduciéndose a 6.15 horas, ese es el tiempo en que efectivamente se debe estar ejecutando llamadas, esa adherencia es solamente del 10%; entre los productos que cuentan con restricciones están los cigarrillos, su comercialización es constantemente vigilada por la SIC y la Secretaría de Salud. Para implementar el modelo de tele ventas en el call center de los Alcázar la empresa suscribió un contrato de prestación de servicios con Inteligencia Tecnológica S.A.S., ellos verifican el funcionamiento del sistema y, las llamadas, pero quien revisa la ejecución del cargo de vendedor de preventa en tele venta es el jefe directo de los empleados que es de BRITISH, los trabajadores trasladados al call center que se han desvinculado, no han sido reemplazados; para la asignación de trabajadores al cargo de gestor de modelos de distribución alternativa la empresa desarrolló capacitaciones posteriores a 04 de enero, las funciones de vendedor de auto



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. 040 2021 00050 01
FS. Juan Carlos Camelo V's. British American Tobacco Colombia S.A.S.

venta y vendedor de tefe venta en esencia tienen las mismas funciones específicas; de manera provisional la empresa abrió el modelo de distribución alternativa que ha tenido buen rendimiento, el Vendedor debe hacer unas 106 llamadas por turno de 7.5 horas, son llamadas de entre 4 a 5 minutos, la empresa entregó un libreto de guía para saber cómo desarrollar este tipo de llamadas, eso hizo parte de la capacitación que se dio a los trabajadores, entonces, sirve de guía, pero la empresa es completamente consciente que la guía no está escrita sobre piedra en el sentido que si el cliente hace una pregunta que no está en el libreto, debería ser respondida, es una guía que sirve al trabajador para desempeñar su rol de Vendedor. Antes de 04 de enero de 2021, la compañía tenía su equipo de vendedores, ellos contaban con su base fija de salario y un componente variable que sirve de motivación para ejercer una mejor labor, luego de 04 de enero muchas áreas de la compañía se vieron afectadas porque ya no se necesitaba el mismo número de vendedores para visitar los puntos, debido a que ahora sería telefónicamente, es lo que hacen los Vendedores desde Alcázar, por ende, también cambiaron las variables, no así el porcentaje que deben cumplir los vendedores para ser merecedores de las comisiones que es del 20%; la empresa cuenta con un poco menos de 200 Vendedores en todo el país, se tienen contratos con empresas transportadores para la entrega de producto y recolección de dinero; para el cambio de modelo se tuvieron en cuenta varios criterios como rendimiento y, manejo de los clientes, de los 35 trabajadores enviados al *call center* algunos tenían buenas variables y otros de 0%, es decir, había con buen y mal rendimiento, de ellos quienes no tenían ninguna condición de estabilidad especial que fuera fuero sindical, madres cabeza de familia, personas con situación de salud, estaban Diego Cortez, Carlos Cabezas y, Juan Felipe Nader; las variables de cobertura y efectividad se refieren a cuántos clientes se llegó y cuántos clientes les intereso el producto, hay un mínimo de 90 clientes al mes, no importa si compra o no.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. 040 2021 00050 01
F.S. Juan Carlos Camelo Vs. British American Tobacco Colombia S.A.S.

así como los testimonios de Luis Alberto Camargo Ortiz²⁶, Martha Patricia Montaña Angulo²⁷, Enrique Santos Montalvo²⁸, Giovanni José

²⁶ Archivo 039, mín. 01:59:30. Luis Alberto Camargo Ortiz, Bachiller – Tachado por sospecha –. Depuso que trabaja para la compañía British American Tobacco como Vendedor hace 7 años y 8 meses, actualmente en el modelo de *call center*, a partir de 04 de enero, es compañero de trabajo del demandante, está asociado al sindicato ASOPASIBA; antes de 04 de enero trabajaban en la sucursal de Montevideo, recogían los vehículos, tenían unas zonas asignadas, salían a hacer la respectiva ruta, vendían el producto estrella de la compañía que era el cigarrillo, también gomitas y máquinas de afeitar Gillette, al terminar la ruta se dirigían a la sucursal y consignaban en el banco quedaba dentro de las instalaciones de Montevideo y, cargaban los vehículos de la compañía para el siguiente día hacer la misma labor, después de 04 de enero de este año se les notificó un cambio para ser Gestores de *call center*, fueron cambiados al barrio Alcázares en unas oficinas. Antes de los cambios vendían unos \$270'000.000.00, actualmente en el *call center* los promedios han bajado a \$400.000.00, debido a que están vendiendo productos extraños que en este caso son las máquinas de afeitar de marca Tokai y unos cepillos de dientes de marca Tokai, son productos Chinos, los productos líderes de cigarrillos los venden otros compañeros que están directos y tercerizados; Juan Carlos está vendiendo actualmente entre \$120.000.00 y \$66.000.00 diarios, al día deben hacer 106 llamadas efectivas, por lo que deben llamara de 140 a 150 clientes, actualmente se mantiene el cargo de auto venta, es desempeñado en unas rutas foráneas de Cundinamarca por unas 10 o 12 personas, hay algunas sindicalizadas y unas no sindicalizadas, así como tercerizados; antes de 04 de enero con el actor componían su salario con Bonos de Sodexo, habían concursos de volumen y si hacían cierto volumen ganaban ciertas cantidades de bonos, actualmente no están participando en ningún concurso, por lo que se les ha bajado el salario, en el *call center* hay diferentes mediciones, sin embargo, la variable ahora es garantizada por la compañía, para el caso del actor obedece a que cumple con las 106 llamadas diarias. Con ocasión a la pandemia las referencias de cigarrillos que se distribuye ha aumentado, lo que le consta porque conoció los objetivos mensuales, además, el cigarrillo es un producto líder; los trabajadores asignados en el cargo de Gestor de distribución alternativa posición provisional, trasladados al *call center* son sindicalizados, Diego Cortes es Jefe Inmediato, hace parte del *call center*, no es vendedor tele ventas. Presentó una demanda en contra de British American Tobacco Colombia, con iguales pretensiones, cursa en el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá; después de 04 de enero de 2021, no tiene conocimiento de la venta de cigarrillos, sin embargo, compañeros de preventa le manifiestan que las ventas se han incrementado, a su vez, por desempeñar el mismo cargo de Juan Carlos Camelo tiene conocimiento del aumento de los devengos, de acuerdo al esquema de renta variable, el cual conoce, aunque no muy bien por falta de capacitación; hay un porcentaje garantizado, independientemente que se haga o no la venta, consiste en que mes a mes les entregan una tabla de lo que tienen que vender y las llamadas a hacer, que es un promedio de 106, los productos son de segunda categoría, la empresa, dependiendo de la venta, los acerca para que puedan generar la renta variable, el salario de Camelo no ha sido disminuido, incluso ha recibido más por renta variable este año; en *teleside* de Bogotá hay aproximadamente 23 personas, de las que 4 ó 5 personas están en casa haciendo la misma labor, aclara que en total son 25 personas, de las cuales 4 están en casa laborando; el cargo de *auto venta* consiste en ir directamente con la mercancía al punto de venta a dar a conocer el producto, mostrarlo, cuando prestó servicios de auto venta con Camelo debían llegar a Montevideo, donde estaban las camionetas y el banco, tenían rutas distintas, se manejaba dinero y mercancía de la compañía, contaban con escoltas de seguridad, los vehículos tenían cámaras de seguridad internas; el 04 de enero de 2021 la compañía les notificó un nuevo rol de modelo, durante mes y medio les garantizaron el salario, que era un aproximado a comparación del año anterior, después en el *call center* empezaron a comisionar, que para su caso han estado entre 75%, 50%, 100%, 150%. El modelo de tele ventas en el *call center* de Alcázares empezó con 40 personas, está en el primer piso y Juan Carlos Camelo en el segundo, se encuentran aislado de la compañía, de lo que se enteran es por otros compañeros de otras organizaciones, además, la empresa tiene personal tercerizado que anualmente rehuevan; tienen pausas activas de 5 minutos, si se pasa del tiempo pierde plata, incluso deben aguantar para ir al baño; no se pueden salir del libretto entregado por la compañía.

²⁷ Archivo 039, mín. 02:58:25. Martha Patricia Montaña Angulo, Administradora de Empresas. Señaló que fue compañera de trabajo de Juan Carlos, estuvo afiliada al sindicato cuando trabajó para British American Tobacco, de 02 de enero de 2012 a 14 de mayo del 2021, fue Representante de Venta, Vendedora Auto Venta, a partir de 04 de enero, fungió como Gestora en un *call center*, en esa fecha, cuando regresaron a laborar, los recibieron con una reunión en la que les presentaron la nueva forma de trabajo, sin embargo fue un engaño total, porque les hablaron muy bonito, los dividieron en grupos por cada gerente, les presentaron los nuevos productos a manejar, fue como una hora de capacitación, fueron divididos en dos grupos, a unos les dieron la orden de asistir a una parte específica y, a los demás a recoger las máquinas y celulares, estando allí les leyeron un documento y, dijeron que iban a tener una negociación individual, en ese momento les prohibieron el uso del celular y hablar entre los que se encontraban allí, fue un momento psicológicamente muy triste por el cambio de libertad, forma de trabajar, fue dramático, quienes no aceptaban la forma de negociación recibieron una citación para el día siguiente a las 07:00 a.m. en la que les propondrían otro método de trabajo, los acompañaron para sacar los bolsos, sin permitirles contacto con nadie, como si fueran criminales, después fueron enviados a hacer unos reconocimientos de direcciones y teléfonos, durante un mes, para que en la nueva labor tuvieran mejor desempeño, al terminar ese mes los enviaron al *call center* ubicado en los Alcázares, carrera 27 A # 72 – 90, les entregaron un computador y clientes, los pasaron a manejar unos productos que no conoce nadie, así como clientes desconocidos, los condicionaron a decir unas palabras, que tenían que ser tal cual como lo decía el papel, no podían desviarse porque no ganaban la renta o, también les medían si ofrecían o no el producto, así como si lo vendían, medían desde el saludo, en el caso de Juan Carlos a él lo conocían en su rutero, le colaboraban por el relacionamiento que tenía con los clientes con la compra de unas gomitas; todas esas situaciones afectaron su renta variable dentro del nuevo esquema, inclusive les negaron oportunidades de ascenso en la empresa; inicialmente en el *call center* ubicaron 42 personas, se retiró el 14 de mayo porque no resistió estar encerrada, ni la presión, sentía que estaba perdiendo su tiempo haciendo las llamadas que le pedían, así como afectando su relación familiar, el retiro se da por medio de una negociación con Diego Cortez, de las 42 personas iniciales, 39 o 40 más o menos eran sindicalizadas, los otros también eran vendedores, todos llegaron a desempeñar el cargo de Gestor, incluso una señora se fue por un problema psicológico, un problema mental adquirido por tanta presión, ella no estaba sindicalizada y, otro compañero que era Cristian Triana que no se encontraba sindicalizado, las personas no sindicalizadas que estaban tenían una condición especial de salud; Diego Cortes y Juan Felipe Nadel son los gerentes que manejan el *call center*, junto a Intelsa, que maneja toda la parte de sistemas; antes de 04 de enero llegaban todos los días a las 07:00 a.m. a Montevideo, por cuestiones de pandemia a Titán Plaza, allí tenían un cubículo por gerente con 10 vendedores, recibían información de novedades por el día, se entregaba papelería, luego iban a las camionetas a acomodar la mercancía y salían a hacer su respectiva ruta, al terminar llegaban otra vez a la oficina para hacer la consignación del dinero recolectado durante el día, se hacía un inventario y, se cogía la mercancía para el siguiente día, después del 04 de enero todo cambio, tenía que decir expresamente el saludo indicado en la guía, no podía existir un comentario fuera de la guía, habían además llamadas de atención al cliente, por lo que se acosaba a los clientes con la llamadera y recibían hasta insultos. La división por pandemia fue los del norte en Titán y los del sur en Montevideo, pero las funciones eran las mismas, entre 2012 a 2020 prestó



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. 040 2021 00050 01
F.S. Juan Carlos Camelo V.s. British American Tobacco Colombia S.A.S.

servicios con el demandante en el mismo sitio, aunque no tenían la misma ruta de trabajo, eran vendedores por zona; en el cambio del *call center* al actor le dejaron algunos clientes que ya conocía y le ayudaban con comprarle unas gomitas; a su retiro el 14 de mayo de 2021 recibió un bono de retiro; en el modelo de autoventa Juan Carlos Camelo Sánchez no podía escoger los clientes, les daban era una zona específica. Carlos Cabezas era un gerente cuando estaba en auto venta, cuando era todo normal, antes del 04 de enero, era un gerente de la zona sur, después de 04 de enero pasó a ser gerente de proyecto en el *call center*, estuvo en el proceso de tele ventas de la sede Alcázares.

²⁸ Archivo 041, min. 00:04:40. Enrique Santos Montalvo, Tecnólogo en Mercadeo. Expuso que es Representante de Ventas de British American Tobacco hace 22 años; conoce que a partir de 03 de enero de 2021 la compañía los reunió en dos grupos, unos en la sede principal en Titan, otros en Montevideo, antes de la pandemia Montevideo era el sitio donde todos los vendedores llegaban a reportar en la mañana y en la tarde a hacer las diferentes actividades de cargue de mercancía de factura, de platas, entregas de dinero y, a dejar la camioneta que les habían proporcionado como herramienta de trabajo, a partir de 03 de enero la compañía les anunció un cambio a algunos compañeros, aproximadamente 80 salieron de la compañía bajo un acuerdo de renuncia por un dinero que les ofreció la empresa, el otro grupo de compañeros, que en su mayoría eran directivos sindicales, que no quisieron aceptar el arreglo económico, les anunciaron que iban a sufrir un cambio en sus labores, ahora su cargo se llama Gestor de Negocios, primero iban a verificar unos datos en calle, en febrero les asignaron un lugar distinto a donde siempre se reportaban, que es una sede en Alcázares, un *call center* donde empezaron a llamar por teléfono a unos clientes para venderles productos de segunda categoría, ya no vendían cigarrillos, que son el producto bandera de la compañía, los productos de segunda categoría como encendedores *Tokai* y máquinas de afeitar *Gillette* eran fáciles de vender, los que les pusieron a vender son productos totalmente desconocidos en el mercado y de difícil comercialización, después de ese cambio se perdió total comunicación con el grupo de compañeros. El actor ha sido compañero de trabajo, juntos han sido directivos sindicales, pertenecieron en algún momento al mismo sindicato; después de 04 de enero de 2021 el cambio ha sido drástico en la labor, ya que antes desarrollaban una serie de clientes asignados por la compañía, una zona demográfica, un número de clientes, teniendo como herramienta de trabajo una camioneta que se cargaba con productos de segunda categoría, encendedores *Tokai*, máquinas de afeitar *Gillette* y, gomas *Trululú*, productos conocidos en el mercado, de fácil comercialización, llegaban a Montevideo a las 07:00 a.m., compartían antes de iniciar la jornada laboral, tanto directivos sindicales como compañeros no directivos o que no eran parte de los sindicatos, se hacían algunas labores administrativas, los vendedores tienda a tienda cogían su camioneta, cargaban, se desplazaban hacia la zona geográfica y atendían el número de clientes asignados, la labor principal era ofrecer el producto, venderlo, descargarlo, o sea, ellos mismos entregaban su producto, si era una factura la cobraban y si no se hacía y dejaba la nueva factura firmada por el cliente, a las 04:00 o 04:30 p.m. se llegaba a Montevideo nuevamente, toda la fuerza de ventas se reunía dentro de las instalaciones de la bodega, había una oficina del banco BBVA, allí consignaban las ventas diarias, luego volvían a cargar mercancía y, dejaban la camioneta lista; a partir de enero quedaron totalmente aislados en una oficina, sentados frente a un computador, vendiendo productos de una segunda categoría totalmente desconocida, además, se han afectado las organizaciones sindicales, debido a que la mayoría de las personas enviadas al *call center* eran directivos sindicales, presidentes de organizaciones sindicales y, personas que ejercían una labor sindical importante; a partir de enero, las personas que tenían camioneta y cargaban mercancía, se las quitaron, les dieron una motocicleta en la que no se carga mercancía, las zonas siguen siendo iguales para visitar físicamente a los clientes, pero no se les deja el producto, eso lo hace un tercero al día siguiente, también maneja el dinero, prevalecen algunas rutas en el modelo anterior de auto venta en las zonas periféricas, es decir, Funza, Faca, Madrid, Mosquera, Chía y, Cajicá; aunque la venta de cigarrillos es controversial, pues, cuenta con muchas restricciones, mes a mes las cuotas de venta suben; los clientes que llaman a través del *call center* son clientes que también compran cigarrillos, es más, el 40% de los clientes ahora asignados a Carlos Camelo para llamar, él los visitaba; los productos de venta en el *call center* son cepillos, máquinas y, cuchillas de afeitar *Tokai* y, gomas; frente a la renta variable son diferentes los ítems de medición de los que están en *call center* que los que están en la calle, porque a aquellos les evalúan llamadas, llamadas efectivas y, ventas, en cambio a estos los miden por volumen, cobertura y, cartera, a los de tienda a tienda efectividad, entonces, la renta variable tiene diferente forma de pago; antes de 04 de enero organizaban concursos de ventas para ganar bonos adicionales, los de *call center* ya no los tienen; los vendedores debían ir siempre todos los días en la mañana y en la tarde. Con el actor tenían rutas distintas; en promedio estaban en la oficina unas dos horas y media diarias, antes de 04 de enero de 2021 cada vendedor tenía un escritorio, cubículo y silla en la compañía; hace unos 15 días tuvieron una reunión en la que les manifestaron que iban muy bien, creciendo en todas las categorías; alguna vez asistió a una reunión al lugar de labores del actor; un jefe de *call center* le ha manifestado a sus compañeros que están allí que el tema de garantizarles la renta variable, que han evitado que los empleados pierdan plata es por las demandas, pero que cuando estas se terminen ya será otro escenario; antes de 04 de enero de 2021, en Bogotá habían aproximadamente 200 vendedores, la empresa tenía el espacio de 3 bodegas para recibir a la fuerza de venta; antes de 04 de enero de 2021, Juan Carlos Camelo debía movilizar dinero y mercancía. La empresa tiene un contrato para la entrega de mercancía y, manejo de dinero con IMBOCAR; los vendedores de autoventa, puerta a puerta y *call center* manejan productos distintos, los últimos solo manejan cepillos, máquinas de afeitar *Tokai* y, unas gomas; periódicamente la compañía hacía retroalimentación acerca de los resultados, de cómo iba el mercado y la objetivación; Carlos Cabezas y Diego Cortez son gerentes de área, o sea los jefes inmediatos de los vendedores, Carlos Cabezas lleva un poco más de tiempo de Diego, ha venido haciendo carrera en la empresa, fue vendedor.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. 040 2021 00050 01
FS. Juan Carlos Camelo V.s. British American Tobacco Colombia S.A.S.

Tijerino Somarriba²⁹, Carlos Alberto Cabezas Gil³⁰, Harold Beltrán Correa³¹, Diego Alejandro Cortés Santamaría³² y Juan Carlos Vera Merchán³³.

²⁹ Archivo 041, min. 01:25:15. Giovanni José Tijerino Somarriba. Indicó que presta servicios a BAT Colombia hace 3 años, para BAT como tal 10 y, uno como Planificador de Mercadeo. A partir de enero de este año lo que hizo la empresa fue una reestructuración en la que se adoptó un modelo de preventa, dentro de ese proceso hay un cambio de modelo donde preventa apenas representaba un 20% aproximadamente, a lo que termina siendo un 10% o 5% en auto venta solo en las rutas foráneas, en ese modelo de preventa quedan tres pilares principales que serían empleado a pie, otros empleados en vehículo, ya sea en motocicleta o auto móvil y, otros en modalidad telefónica. En cuanto a las restricciones de venta de cigarrillo no ha habido mucho cambio con el nuevo modelo, para el caso de televentas se hizo un proceso de adaptación manteniendo las mismas condiciones, porcentajes y, logros, también se adoptaron valores iniciales mientras estaba la curva de aprendizaje, para que fueran alcanzables, bajo ese criterio que se tenía para 2020, en el que se tenían variables de volumen de cigarrillos, de segunda categoría, se veía efectividad, cobertura y cartera, es decir, se tenían cinco pilares que se constituyen en los nueve ítems que se califican, pasando a ser seis, se elimina el volumen cigarrillos, el de segunda categoría es el único que queda, la efectividad está enfocada a las nuevas funciones, antes debía ser mínimo de 85%, ahora es prácticamente un 8%, antes tenían 3 coberturas por cumplir, ahora se redujo a una, sin embargo la cartera pasó de 10% a 25%, antes el vendedor tenía que estar vendiendo y negociando al mismo tiempo, ahora hay un tercero que hace esa gestión, antes usaban 50 referencias, actualmente 5 aproximadamente; el empleado tiene un horario establecido, si, entra en una hora X y sale a una hora Y, debe cumplir con mínimo 106 llamadas telefónicas, es decir, debe haber una conexión con el punto de venta, con el cliente, sin importar si solo contestan y cuelgan, son 4 minutos por llamada; el actor para el segundo semestre de 2020 obtuvo un 105% de renta variable, los últimos seis meses de 2021 de un 86%, pero no sabe qué pasó en junio que tuvo 0%; el nuevo modelo no ha desmejorado el salario del trabajador. Las personas que actualmente recaudan dinero de ventas en el modelo de preventa son los que están en rutas foráneas, las ventas telefónicas son muy inferiores a las de antes porque el modelo hasta ahora se está implementando; inicialmente para el *call center* se designaron 65 o 61 personas, ahora hay entre 41 o 43. La empresa vendió 642 ristras, que son equivalencias de números de productos, al cierre de mayo, es decir de 01 a 30 de mayo, eso es solo televentas en Bogotá; los factores antes eran volumen, efectividad, que era cumplimiento, cobertura, que era también un número, no era necesario que el vendedor diera a conocer el producto.

³⁰ Archivo 041, min. 02:42:35. Carlos Alberto Cabezas Gil, Mercadólogo. Depuso que es Gerente de Área de British American Tobacco, vinculado a la compañía hace 14 años, como Gerente del área de ventas alrededor de cuatro años; Juan Carlos Camelo Sánchez es vendedor de la compañía, pasó de estar en un modelo de auto venta a hacer una preventa telefónica, el 04 de enero se hace un cambio de modelo de venta, que pasa de auto venta a preventa, se le informa a todos los vendedores y se asignan unos a preventa en la calle y otros preventa telefónica; en el modelo anterior tenían más o menos 7 u 8 variables de medición, cartera, cobertura, efectividad, volumen, actualmente se mide volumen, cobertura, efectividad, número de llamadas, adherencias y, calidad de llamadas, el salario del actor está compuesto de un básico y una variable, el salario variable radica en sus funciones, no ha sido desmejorado, se le sigue pagando normal su variable por la realización de las ventas y, objetivos comerciales; hubo una reducción de personal básicamente en todas las áreas, gerentes y vendedores; en el lugar que desempeña labores Juan Camelo en este momento son 25 personas de televenta, 4 personas trabajan desde casa y, dos Gerentes de Planta; a los trabajadores se les han dado capacitaciones para el nuevo modelo y, estudio del lugar de trabajo por parte de la ARL; solo venden categoría dos por sostenibilidad de negocios, dado que la venta de cigarrillos viene decreciendo, por eso la compañía está vendiendo máquinas, gomas y, encendedores; Juan Camelo fue contratado para el cargo de Vendedor, desde 04 de enero del 2021 es vendedor preventa televenta; el sistema de excepciones se hace mes a mes, los primeros días de cada mes, de acuerdo a las ausencias que tenga cada uno de los colaboradores se les reasigna el objetivo y, se les calculan los días laborados; antes de 04 enero de 2021 los vendedores tenían una ruta de autoventa, debían llegar a Montevideo a recoger su camioneta, hacer el inventario al vehículo y, salir a hacer venta a la calle a 45 clientes, por la tarde tenían que regresar con el dinero y la camioneta, para consignar y salir para su casa, también tenían unas mesas donde podían estar y, poner a cargar su celular, era una mesa de trabajo normal, allí había más o menos 6 trabajadores por mesa, ese era el sitio de trabajo; las ausencias tienen incidencia en la renta variable; a Juan Camelo siempre se le han entregado las herramientas para el desempeño de su labor; Intelsa es la compañía que brinda todo el *Software* para el tema de televentas; el demandante tiene en su jornada 4 pausas activas, dos *breaks*, hora de almuerzo e idas al baño. En Alcázares inicialmente fueron ubicados 35 personas, más 6 que laboraban desde casa, ellos siguen siendo vendedores de la compañía, su denominación es de Gestor de Modelo de Distribución Alternativa (Posición Provisional); actualmente en el *call center* hay 25 personas y, 4 en casa, el número de trabajadores ha disminuido porque han llegado a mutuos acuerdos con la compañía; el demandante en su renta variable estuvo dos meses por encima del 100%, otros meses sobre el 100 y, hace poco llegó de vacaciones, estuvo en una calamidad, en aislamiento para julio, eso corresponde a ventas entre \$4'000.000.00 o \$5'000.000.00 mensuales, por las gomas que valen \$12.000.00, las mentas \$10.000.00 y, una máquina vale \$27.000.00, normalmente vende más gomas, tiene un promedio de 120 ristras; en el modelo de preventa telefónica actualmente se venden máquinas de afeitar, cepillos de dientes, gomas, mentas y, próximamente se ampliará el portafolio, son de la marca Tokai; el criterio de adherencia consiste en el tiempo que las personas están conectadas realizando llamadas, la adherencia se calcula desde el momento que se sienta a realizar las llamadas hasta que termine, se descuentan pausas activas, *breaks* y, hora de almuerzo, el tiempo de adherencia diaria debe ser de 7 horas, incluso se descuentan los tiempos de capacitación que le da la empresa; los trabajadores del modelo de preventa presencial manejan factores de volumen, coberturas en subcategorías, efectividad y cartera, ellos venden cigarrillos y productos de segunda categoría, los vendedores de *call center* no venden productos de primera categoría porque llaman a los mismos clientes que visitan los vendedores de preventa en la calle. A Camelo se le capacitó en el manejo de la herramienta, eso fue después de 04 de enero, los cargos de Vendedor y Gestor son iguales; en auto venta debían salir a visitar 45 clientes en la calle, vender productos de primera y segunda categoría, cobrar cartera, entregar producto y, retornar a la compañía en tele venta, en cambio, preventa tiene que llamar a los clientes, ofrecer los productos, venderles y, decirle al entregador que le cobre al cliente, si tiene cartera pendiente; en el caso de auto venta el trabajador debía llegar a la bodega, consignar en el banco que había allí y, entregar la tirilla de consignación; en el puesto de trabajo el actor recibía instrucciones de reuniones e, indicaciones adicionales de su día a día; la cuadratura de dinero se hacía en el cubículo que tenía el trabajador al interior de la bodega en la que se parqueaban los vehículos. En el modelo de preventa, la variable de volumen es lo que tiene que vender el trabajador dentro del mes de los clientes que tiene asignados, normalmente son 150 ristras, eso equivale al 50% de su renta variable; la efectividad tiene que ver con los clientes a los que se les vende, es decir que se llame al cliente y este compre, adicionalmente, el número de llamadas es el 10% de la renta variable, también hay una efectividad de llamadas que es cuando solo se tiene contacto, es decir, una es la efectividad comercial y otra las llamadas efectivas, la renta variable se divide en 2, en los comerciales se mide el volumen de venta, que



es lo que tiene que vender, la efectividad, que es el número de clientes a los que se les vende y, la cobertura, que es a los clientes donde se colocan ristras, en síntesis, la cobertura es vender varios productos.

³¹ Archivo 042, min. 00:26:55. Harold Beltrán Correa, Administrador de Empresas. Dijo que es Gerente Regional de TOBACCO en la Regional Centro, está vinculado hace 16 años, en el cargo actual 2 años y 8 meses; las modificaciones en la forma de prestar servicios consistió en una estrategia comercial en la que se cambió a un modelo de preventa presencial, el anterior a 04 julio era de auto venta presencial, ese cambio generó eficiencia porque un vendedor hacía 40 visitas diarias y, debía recaudar dinero, manipular producto, hacer desplazamientos al inicio y final de la jornada, recogía el vehículo con producto hacia el territorio que atendía, lo que reducía la gestión comercial, al cambiar al modelo de preventa lo que se busca es mayor eficiencia, que el vendedor se concentre en gestiones comerciales, pasa de 40 a 70 visitas por día, en ese cambio hay personas que pasan a preventa telefónica con un portafolio complementario, es el caso del demandante, se pretende venderle más a los clientes, garantizando sostenibilidad de negocio con ventas adicionales, se esperan 100 llamadas diarias, con 200 clientes que pueden ser llamados, ese fue el cambio de 04 de enero de 2021; en el modelo anterior había unas variables que se ponderaban, el volumen de diferentes líneas de productos, la efectividad, que es el porcentaje de clientes que compran contra los clientes visitados, la cobertura, que es el porcentaje de clientes que compran marcas o líneas específicas, tanto en la línea regular de cigarrillos como en el portafolio complementario, todo debido a que la industria de cigarrillos viene decreciendo año a año a nivel global; en el modelo nuevo de preventa telefónica se contempla una variable adicional que busca incentivar la ejecución de tareas asignadas, entonces, tiene unas variables operativas desde las que el colaborador puede empezar a ganar aun sin vender, le suma positivamente en la renta variable, debe cumplir con las llamadas, tener adherencia al sistema, lo que se mide con apoyo del *software*, efectividad y, volumen, que es ponderado con las variables de operatividad, en ambos modelos el porcentaje de cumplimiento se lleva a una tabla que se traduce en remuneración entre 0% y 150%; en el cambio el actor tiene la misma posibilidad de comisionar, dado que los objetivos son cumplibles; el cambio en el personal se dio en términos de estrategia, unos quedaron en preventa presencial y otros pasaron a preventa telefónica, otras personas de común acuerdo con la organización se hicieron a un lado, en la preventa presencial hay personal sindicalizado; el personal que ha salido no se ha reemplazado porque con el personal que está se encuentra cubierta la preventa adicional; Camelo recibió capacitaciones del esquema actual de renta variable; existe interacción entre el actor y el cliente, es más segura la gestión de televenta, dado que se dispusieron todos los elementos óptimos, ergonomía, iluminación y, un lugar con las mejores condiciones en términos de seguridad; con la venta de productos de segunda categoría la empresa tiene objetivos pequeños; el cargo de Camilo antes y después de 04 de enero de 2021 ha sido Vendedor; el ausentismo en el modelo de preventa telefónica no tiene ninguna incidencia; antes de 04 de enero de 2021 la gestión era en la calle, un rutero que puede ser variable, la compañía ha sido juiciosa en el suministro de herramientas suficientes para el desempeño de servicios, el sitio actual donde se prestan servicios de preventa televenta es nuevo, con un mobiliario nuevo, inclusive con decoración y ambientación moderna, fue dispuesto para la labor, tiene distanciamiento, pisos, baños, una zona de refrigerio y, condiciones óptimas de internet y, tecnología, también hay cocina, *lockers*, microondas, staff de soporte; el 15 de febrero, en las instalaciones de Alcázares fueron ubicadas 50 personas en el modelo de venta telefónica, actualmente quedan 41; las personas asignadas al *call center* es un tema de discrecionalidad comercial, no necesariamente porque tengan más o menos habilidades; no hay modelos líderes de venta, son todos complementarios, porque todo va sumando en la sostenibilidad de la organización; el concepto de ristra es una equivalencia en función a un valor, entonces, por ejemplo, puede que las gomas *Trululú* sean de \$5.000.00 versus 1 kg de encendedor que puede costar \$20.000.00, para hacer la equivalencia la unidad de una equivale a 4 de otro, 120 ristras equivalen aproximadamente a \$3'600.000.00, lo mismo ocurre para el caso de los cepillos de dientes; los trabajadores de preventa pueden recibir bonos, siempre que el incentivo este determinado por el portafolio, normalmente los incentivos son puestos por los proveedores. El aprendizaje de manejo de herramientas tecnológicas fue después de 04 de enero de 2021; el cargo de Vendedor tiene equivalencia con el de Gestor, como la gestión del actor era en la calle, se dispuso un cubículo con elementos como cosedora y engrapadora donde podía hacer su gestión. Cuando se crea el modelo de preventa televenta se establecen unas metas o proyecciones que corresponden a variables operativas de 100 llamadas, cuya expectativa comercial, descontando pausas activas, hora de almuerzo, tiempo de interacción con el líder y, demás, queda un espacio para realizar 100 llamadas cuyo porcentaje de efectividad es de 20%, se estima que los clientes compren entre 1 o 1 ½ ristras, es una muy baja objetividad, en aras de ir desarrollando una confianza y credibilidad de los clientes, para que un trabajador en televenta cumpla con sus variables y obtenga su renta o comisión debe vender diariamente entre 10 y 15 ristras más o menos, esa expectativa no se está cumpliendo por el incumplimiento en el número de llamadas.

³² Archivo 042, min. 02:02:35. Diego Alejandro Cortés Santamaría, Ingeniero Industrial, Magister en Administración de Empresas. Señaló que labora como *Manager* para Tobacco, está vinculado con la sociedad hace 2 años y 3 meses, sus actividades principales son el monitoreo y seguimiento de indicadores del proyecto de *tele 6*; a partir de enero de este año, a raíz de un cambio del modelo de atención y ventas que tuvo la compañía, se pasó de auto venta a preventa, el demandante pasó a cumplir un rol de venta via telefónica, el 04 de enero de 2021 se notificó a la fuerza de venta los cambios de modelo, así como la reasignación dependiendo del rol que iban a desempeñar, el actor antes era Vendedor de auto venta, actualmente es Vendedor; la renta variable del esquema de televentas se mide en dos grandes capítulos, gestión comercial, que son tres: volumen, efectividad y cobertura y, los otros son indicadores de gestión telefónica: adherencia, número de llamadas y coeficiencia de calidad, el volumen es la cantidad de ristras que vende en determinado período de tiempo, la cobertura es la cantidad de clientes impactados con cualquier *SKU*, la efectividad son los pedidos generados con cualquier *SKU*, la adherencia es el plan de trabajo definido en el modelo de televentas versus el trabajo diario y, la adherencia al sistema de llamadas, el número de llamadas está definido por la cantidad de llamadas efectivas en el día y, el coeficiente de calidad pondera dos variables, los errores críticos y los errores no críticos, lo que se busca es tener un discurso apto para la venta de los productos, el volumen dentro de la renta variable pesa 50%, la cobertura pesa 10%, la efectividad comercial el 15%, el número de llamadas el 10%, la adherencia el 10% y, el coeficiente de calidad el 5%; tiene su oficina en el mismo lugar en que Camelo presta servicios, hacen parte del equipo de *tele 6*; Juan Carlos siempre ha estado con cumplimientos superiores al 100% en el modelo de *tele 6*, él está en el top 3 de los funcionarios con mejor desempeño, en junio no prestó servicios porque estuvo de vacaciones; Juan Camilo ha recibido capacitaciones para el sistema de preventa televenta, le han hecho estudios del puesto de trabajo, se le conceden espacios de descanso, para tomar alimentos o pausas activas, la jornada es de 07:00 a.m. a 05:30 p.m., dentro de la que se conceden 30 minutos para llegar al puesto de trabajo, tomar un tinto, hablar de diferentes temas con los compañeros o socializar alguna noticia que tengan los líderes del proyecto, a las 7:30 a.m. comienza la atención telefónica, a las 8:30 a.m. es la primera pausa activa, que son de 10 minutos, a las 9:15 a.m. un *break* de 15 minutos, a las 11:00 a.m. otra pausa activa de 10 minutos, de 12:15 p.m. a 01:15 p.m. la hora de almuerzo, a las 02:00 p.m. otra pausa activa de 10 minutos, a las 03:30 p.m. otro *break*, a las 04:30 p.m. otra pausa activa de 10 minutos y, la desconexión es a las 05:15 p.m. para tener 15 minutos en los que se puedan cambiar, recoger las cosas, etc., adicionalmente tienen 20 minutos autorizados para ir al baño, los pueden distribuir como quieran, en esa jornada los trabajadores no sindicalizados, allí hay cocina, 4 baterías de baño, dispensadores de agua, zona de restaurante y cafetería, zona para capacitación, *lockers* y, bodega; el sistema de excepciones se aplica a la renta variable ante alguna novedad en el portafolio o mercado,



Ahora, alega la recurrente, que el cambio de cargo del accionante no produjo desmejora en sus condiciones laborales, además, que el seguimiento de un libreto para las llamadas corresponde al cumplimiento de instrucciones dadas por el empleador.

porque el funcionario no puede verse perjudicado por un agente externo o interno, como un paro o que un producto se agote; Juan Camelo tiene interacción con los clientes, el contacto es directo; las herramientas para desarrollar la función actualmente son un computador, diadema, mouse, silla, escritorio, capacitación, seguimiento de los jefes cuando lo requieran y, además de dos sistemas, uno para realizar la llamada y otro para registrar los pedidos; INTELSA es proveedor del sistema de información y gestión de llamadas, así como de computadores y soporte técnico, en el nuevo cargo de Gestor de Distribución Alternativa en el *call center*, se encuentran 25 personas, inicialmente se asignaron 42, el número de trabajadores se ha reducido porque han optado por un mutuo acuerdo con la organización para no trabajar más con la empresa. Algunos de los trabajadores actuales del *call center* tienen fuero médico; al actor se lo encontraba en el 2019 en Montevideo, allá debía presentarse todos los días; los vendedores gestores de distribución alternativa actualmente venden mentas Chao y gomas Truluki de la marca Super, encendedores, cepillos de dientes de adultos y niños, marca Tokai; las ristras son una equivalencia, se unifica una unidad de medida para el seguimiento, por ejemplo, 12 unidades de cepillos de dientes son una ristra, 120 ristras equivalen a \$3'700.000.00 más o menos. En el *call center*, el trabajador tiene la discrecionalidad de cambiar los estados, INTELSA solo envía el reporte, no sabe los criterios tenidos en cuenta por la empresa para ubicar al trabajador en el *call center*, las capacitaciones fueron después de 04 de enero; la empresa está distribuyendo cigarrillos en el modelo de preventa en calle, no se hace en televentas porque ese modelo se hizo para segunda categoría, se quiere ampliar ese portafolio, no se ha reemplazado al personal que se ha retirado por mutuo acuerdo porque por eficiencia de logística lo que se busca es centralizar las operaciones en ciudades principales, es decir, la televenta es más eficiente cuando logísticamente no se tienen tantos cargos impositivos, dado que no sirve trasladar producto a varias ciudades, sino mejor enfocarse en ciudades principales, dándoles cobertura total; la posición provisional en el modelo de gestión alternativa significa que es temporal, no se define su tiempo, no sabe si Camelo podría regresar al modelo de auto venta.

³³ Archivo 043, min. 00:01:20. Juan Carlos Vera Merchán, Bachiller. Manifiestó que es empleado de TOBACCO, en el cargo de Vendedor hace 12 años; a partir de enero de 2021 la empresa ha hecho unos cambios drásticos y traslados de puestos de trabajo a varios compañeros entre ellos el compañero Camelo, antes de 04 de enero de 2021 él ocupaba un cargo de vendedor en la posición de auto venta, ocupaba un cargo en calle, conduciendo un vehículo, vendiendo una serie de productos y estando en unas instalaciones con horario de trabajo 07:00 a.m. a 05:00 p.m., después de esa fecha surgió un cambio por las condiciones económicas de la empresa, ya que varios de los vendedores no generaban riqueza para la organización, entonces, emitió un comunicado desistiendo de 44 vendedores, la mayoría hace parte de diferentes sindicatos, solo tres personas no eran agentes sindicales, fueron reubicadas y trasladadas a otro lugar de trabajo, cambiándoseles las condiciones de trabajo, al actor lo trasladaron desde el 15 de febrero a un sitio denominada *call center* donde realiza unas funciones totalmente diferentes a las contratadas inicialmente, él realiza una gestión telefónica, hace unas llamadas de ventas de productos que son de segunda categoría y, que anteriormente no se vendían, aunque la compañía argumenta que si se vendían, sin embargo las referencias de ventas son nuevas y desconocidas en el mercado, afortunadamente el demandante recibió la zona que en un 40 – 50% tenía asignada en autoventa, por ende los clientes le tienen confianza y le han ayudado a garantizar la venta; antes de 04 de enero el accionante vendía productos que marcaban la pauta en los clientes directos o en los clientes que tenía en la base de datos, estos productos garantizaban venta directa y cumplimiento de la renta variable, ahora esa renta variable se limita a generar llamadas, además, cambiaron condiciones como horarios, sitios de trabajo, condiciones psicológicas y psíquicas, porque antes las actividades se hacían de forma libre y espontánea; a su vez, el actor ha ganado méritos, certificados, diplomas y menciones de honor por ser uno de los mejores vendedores, sin embargo, ahora perdió la oportunidad de participar en concursos, debe cumplir con factores de adherencia, coeficiencia de llamada, registro y, cobertura, fue cambiado de puesto unilateralmente, antes vendía \$240'000.000.00, ahora apenas vende 105 ristras, más o menos \$3'650.000.00 mensuales, se tienen apenas dos referencias para venta, que son cuchillas y cepillos, dado que ya no se venden gomas, ni mentas; anteriormente Camelo estaba en la sede de Montevideo, entre la *boyacá* y calle 13, allí tenía su puesto de trabajo asignado, un cubículo para un gerente y 10 representantes de ventas, él estaba con Carlos Cabezas en la zona de Fontibón, debía llegar a las 07:00 a.m. a la parte administrativa, revisar base de clientes, modificaciones, facturación, si tenía inconvenientes del día anterior, presentarse al jefe inmediato para saber de novedades, pedidos pendientes o promociones, antes de 04 de enero el producto líder eran los cigarrillos, luego el Vendedor se dirigía a la zona asignada, debía visitar un promedio de 40 a 50 clientes, en la tarde hacía el procedimiento administrativo de ir al puesto de trabajo, contar el dinero, facturar y consignar el dinero en el banco, a las 05:30 p.m. se podía retirar; antes de 04 de enero de 2021 podían ganar una renta variable hasta de 160%, ahora apenas el 50% o 60%; también fue trasladado al *call center*, 15 de los 44 compañeros accedieron a los acuerdos voluntarios, en este momento hay 25 trabajadores en el *call center*, todos dirigentes sindicales, 2 gerentes y 4 personas que están en casa por temas de comorbilidad, nunca conoció de una medición que hiciera la empresa para determinar los trabajadores que trasladaría; el cargo de autoventa persiste, solo que ahora se hace por medio de motocicleta una preventa, que es la toma del pedido y, al otro día un tercero entrega el producto, si hay cartera ejecuta el cobro; INTELSA mide y determina el total de llamadas, verifica los lineamientos, condiciones y, equipos. En el *call center* el ingreso es a las 07:00 a.m. y, la salida a las 05:30 p.m., en esa jornada tienen 15 minutos para ir a tomar un tinto, hay unos horarios de baño, pausas activas, *break*, hora de almuerzo, aunque en el reglamento se indica que este es de 12:00 a 02:00 p.m., lo anterior repercute en la renta variable e indicadores de efectividad; en el *call center* presta servicios en el mismo piso que el actor, en cubículos divididos por paneles de servicio; en la calle el trabajador está expuesto a las condiciones climatológicas y trancanes, los productos siempre deben estar registrados y almacenados en las bodegas de la compañía; en el *call center* hay cocina, pero no la utilizan; TOBACCO dio de permiso unos televisores, pero no le consta, el actor fue contratado como Vendedor.



Con arreglo al artículo 23 del CST, la subordinación del trabajador respecto del empleador es elemento esencial de la existencia del contrato de trabajo, con base en esta facultad éste puede exigirle a aquel el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e, imponerle reglamentos, prerrogativa que se mantiene por todo el tiempo de duración del vínculo, todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador (contenidos en la Constitución o en cualquier otra fuente formal del derecho del trabajo), en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

En punto al tema de la facultad subordinante del empleador respecto del trabajador, que le permite a aquel alterar las condiciones de trabajo, la jurisprudencia ha sostenido que tal potestad *“está determinada por las conveniencias **razonables y justas** que surgen de las necesidades de la empresa (se subraya) y que de todas maneras habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador³⁴. Asimismo, “...la expresión desmejoramiento de las condiciones laborales tiene un significado amplio y no puede entenderse como referida únicamente al puesto de trabajo, en forma aislada del contexto en el que se presenta. Así, en la sentencia C – 356 de 1994 (M.P. Fabio Morón Díaz), se manifiesta que al estudiar la prohibición de desfavorecer las condiciones de trabajo a través de un traslado se ha de tener presente que éstas pueden ser tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, estas últimas relacionadas con obligaciones familiares o especiales circunstancias personales o sociales, y, aquellas, que involucran el salario, la categoría de los empleos o las condiciones materiales del empleo. Adicionalmente, el movimiento de personal comentado no proviene de un poder discrecional o arbitrario de la administración, puesto que de una parte se debe consultar las necesidades del*

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T – 407 de 05 de junio de 1992.



servicio, y, de otra, no puede implicar condiciones menos favorables para el empleado...³⁵.

En el *examine*, como se reseñó, el 04 de enero de 2021, British American Tobacco Colombia S.A.S. comunicó al convocante, mediante escrito firmado por el Gerente Regional de esa empresa, Harold Beltrán, que *“...De acuerdo con su decisión de no entrar dentro del proceso de negociación propuesta por la compañía, en función del nuevo modelo de ventas y la disminución requerida de personal en función de la sostenibilidad del negocio, le informamos que la compañía procederá a hacer un proceso de reasignación de funciones alternas y transitorias. Dado lo anterior queremos señalar que a partir de la entrega de esta comunicación su nueva asignación será: Gestor de modelo de distribución alternativa (Posición provisional) (...) Vale la pena resaltar que para la realización de las nuevas labores se hará un entrenamiento detallado con la asesoría de compañías especializadas en dicha labor y se asignarán todos los recursos humanos y de infraestructura física y tecnológica que se requieran para llevar a cabo cada una de las labores asignadas en este proceso. En este sentido queremos señalar que, a partir de recibida esta carta, usted debe presentarse en la sucursal, el día 05 de enero de 2021, para notificarte quién será su jefe inmediato. Horario laboral: 7:00am a 5:00pm. Herramienta de trabajo: Celular corporativo. Compensación. El valor de la compensación variable será acorde a los resultados de su gestión. El nuevo esquema de remuneración variable le será comunicado en los entrenamientos...³⁶.*

Adicionalmente, la Representante Legal de la compañía demandada aceptó en su interrogatorio de parte la modificación de las condiciones laborales de Camelo Sánchez, admitiendo que en la empresa actualmente existen los cargos de auto venta, preventa y preventa tele venta y, que el actor antes de 04 de enero de 2021 se desempeñaba

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T – 715 de 1996.

³⁶ Archivo 004, Folios 9 a 11 y, Archivo 009, Folios 12 a 14.



como Vendedor Autoventa, con posterioridad como “Vendedor en el lugar que se conoce como Alcázar”, en la modalidad de preventa tele venta, ofreciendo productos de “categoría 2”, entre los que se encuentran cuchillas de afeitar y encendedores de las marcas *Tokai* y *Clipper* y, gomas Trululú y, aunque señaló que el cambio de modelo afectó al 100% de la compañía, reconoció que en la sede Alcázares fueron ubicados de 35 a 37 trabajadores, de los que 30 eran sindicalizados, número que se ha disminuido, aduciendo inicialmente desconocer los motivos, sin embargo, posteriormente manifestó que ha habido 10 terminaciones por mutuo acuerdo, sin que los cargos hayan sido reemplazados.

La situación anterior fue corroborada por los deponentes Luis Alberto Camargo Ortiz, Martha Patricia Montaña Angulo, Enrique Santos Montalvo, Carlos Alberto Cabezas Gil, Harold Beltrán Correa, Juan Carlos Vera Merchán y, Diego Alejandro Cortés Santamaría, quienes narraron que entre enero y febrero de 2021, algunos vendedores fueron trasladados a la sede Alcázares para desempeñar el cargo de Gestor – de Distribución Alternativa o de Negocios –, el último de los testigos precisó que al *call center* inicialmente se asignaron 42 personas, cifra que se ha reducido porque han optado por una desvinculación de mutuo acuerdo; asimismo, Martha Patricia Montaña Angulo aseveró que el personal no sindicalizado trasladado al *call center* tenía una condición especial de salud y, Juan Carlos Vera Merchán dijo que en ese sitio se encuentran 25 trabajadores, “*todos dirigentes sindicales, 2 gerentes y 4 personas que están en casa por temas de comorbilidad*”, sin que conociera la medición efectuada por la empresa para determinar los trabajadores que trasladaría.



Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que Juan Carlos Camelo Sánchez desempeñaba el cargo de Vendedor de Autoventa o Preventa, a partir de 04 de enero de 2021, por disposición de la empleadora empezó a desarrollar funciones de Gestor de Modelo de Distribución Alternativa, cambio que desmejoró sus condiciones de trabajo, pues, como Vendedor de Autoventa o Preventa ejecutaba su actividad fuera de las instalaciones de la empresa, debiendo en todo caso presentarse al inicio y al final de la jornada, acudiendo a sus propias habilidades y a los horarios de cada cliente, para comercializar productos de “*categoría 1*” de la enjuiciada, mientras que sus nuevas funciones se ejecutan en un *call center* externo a las instalaciones de la empresa, limitado a un estricto horario de 07:00 a.m. a 05:30 p.m., dentro del que debe cumplir un mínimo de 106 llamadas, desarrolladas en 8 espacios de “*Gestión telefónica*” con una duración que oscila entre 35 a 80 minutos cada uno, para venta de productos “*categoría 2*”.

En este orden, el traslado a las instalaciones del *call center* y el cambio de cargo de Vendedor a Gestor sí implicó una afectación a las condiciones de trabajo de Camelo Sánchez, pues, como se reseñó en precedencia, las nuevas funciones son diferentes a las que por varios años ejecutó, además, el hecho de que eventualmente devengue una asignación salarial igual no desvirtúa la desmejora en las condiciones laborales que se describieron.

Cumple señalar, que en el *sub judice*, la convocada omitió acreditar las razones que la llevaron a cambiar el modelo de ventas, tampoco soportó las razones por las que solo algunos de sus trabajadores, en su mayoría



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. 040 2021 00050 01
FS. Juan Carlos Camelo Vs. British American Tobacco Colombia S.A.S.

sindicalizados, según el dicho de los deponentes, fueron trasladados a un *call center*.

De lo expuesto se sigue, que el traslado a las instalaciones del *call center* y el cambio de cargo y condiciones de trabajo del demandante, así como la ausencia de calificación judicial que lo autorizara, debido al fuero sindical que lo ampara, imponen confirmar la sentencia apelada. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

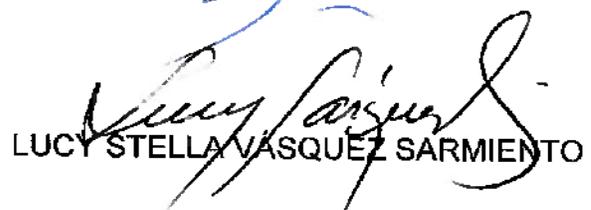
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE REINTEGRO – DE LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ CONTRA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. INDEGA S.A. VINCULADO SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SISTEMA AGROALIMENTARIO, LA INDUSTRIA DE BEBIDAS GASEOSAS, REFRESCOS, LÁCTEOS, CERVEZAS Y LICORES EN COLOMBIA - SINTRACERGA.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal de conformidad con los términos acordados en Sala de Decisión, contenidos en el acta de la fecha, resuelve de plano y emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 05 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad.



ANTECEDENTES

El actor demandó la existencia de un contrato de trabajo realidad con Industria Nacional de Gaseosas S.A., vigente desde 15 de enero de 1991, que no ha tenido solución de continuidad y, que al momento del despido gozaba de la garantía de fuero sindical como miembro de la Junta Directiva Nacional de SINTRACERGAL, en consecuencia, se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, con pago de salarios incrementados, cesantías con intereses, primas de servicios, vacaciones, seguridad social, “106 días adicionales al año, señalados en el Pacto Colectivo” dejados de percibir y, costas¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que dentro del objeto social de la empresa demandada se encuentra la fabricación de jarabes, producción y transformación de bebidas alimenticias y, ventas; se vinculó a INDEGA S.A. el 15 de enero de 1991 como Vendedor, en 2005 pasó a ser Entregador con un salario promedio de \$4'000.000.00, laborando de lunes a sábado, cumplía las órdenes del Gerente de Planta y del Departamento de Distribución, asignándole el camión de placa SPU 697, para entregar los productos que el día anterior vendía el Prevendedor en los barrios Villas del Lago, La Floresta, Santa Fe, Eduardo Santos, El Paraíso, Sindical, 12 de Octubre y, El Pondaje de la ciudad de Cali, según la lista que se le entregaba a diario que contenía la relación de clientes a visitar, pedido y valor a cobrar. Desde cuando fue despedido le adeudan salarios, aumentos, cesantías con intereses, primas de servicios, vacaciones y, seguridad social; está afiliado a la organización sindical SINTRACERGAL, situación comunicada a su

¹ Folios 2 a 4.



empleador y, su elección como directivo el 22 de febrero de 2018; la enjuiciada y el sindicato mencionado no han suscrito convención colectiva de trabajo, pero existe un pacto colectivo que se encontraba vigente al momento de su despido, pacto que reconoce a los trabajadores “106 días adicionales cada año”, que se le adeudan; el “17 de julio de 2019” la empleadora terminó el contrato². Reformó el *libelo* inicial precisando que el vehículo de placa ZSW 235 era de propiedad de la demandada al momento del despido y, solicitó como prueba el interrogatorio de parte del representante legal de la enjuiciada³.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En audiencia de 08 de septiembre de 2020, la Industria Nacional de Gaseosas S.A. – INDEGA S.A. respondió el *libelo incoatorio*, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos admitió la inexistencia de convención colectiva de trabajo, la suscripción de un pacto colectivo y, la propiedad del vehículo de placa ZSW 235. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la causa y de la obligación, prescripción, su buena fe y, compensación⁴.

El Sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema Agroalimentario, la Industria de Bebidas, Gaseosas, Refrescos, Lácteos, Cervezas y Licores en Colombia – SINTRACERGAL, coadyuvó la demanda⁵.

² Folios 4 a 8.

³ CD Folio 177, Min. 00:53:45.

⁴ CD Folio 177, Min. 00:05:25.

⁵ CD Folio 177, Min. 00:55:10.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a la Industria Nacional de Gaseosas S.A. – INDEGA S.A. de todas las pretensiones de Luis Fernando Ramírez Gómez; declaró probada la excepción de inexistencia de la causa y de la obligación; se relevó del estudio de los demás medios exceptivos; sin imponer condena en costas⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que no se evaluaron las pruebas en su totalidad, pues, aunque se enunciaron las documentales aportadas, salvo las relativas al fuero sindical y la existencia del sindicato, no fueron tenidas en cuenta, desconociendo que acreditó la subordinación con las órdenes impartidas respecto de la zona o barrios en que debía entregar el producto y, los precios de los pedidos que no eran sugeridos. No es cierto que los productos se pudieran comprar en horario de 06:00 a.m. a 08:00 a.m. para luego ser revendidos, existía una labor de preventa en que se enviaba una persona el día anterior a visitar clientes, recogía pedidos y llevaba la información en la tarde a la empresa, la registraba en las máquinas *Handheld* y, en la noche se lavaba y cargaba el vehículo dejándolo listo para que al día siguiente se entregaran los productos. En cuanto al contrato de arriendo de vehículo suscrito con Cesar Acuña, no se demostró su calidad de representante legal de INDEGA. Con la prueba

⁶Audio y Acta de audiencia, Folios 200 a 201.



testimonial probó la hora en que se debía presentar a la empresa, las zonas asignadas, la labor prestada y, que el producto entregado jamás dejaba de pertenecer a INDEGA hasta cuando quedaba en manos del “detallista”, que el vehículo asignado, el plástico y, la caja fuerte en que se dejaba el dinero recibido por la entrega del producto, eran de propiedad de la empresa, que recibía órdenes de los jefes de ruta, quienes atendían toda sugerencia e inconveniente que se presentara con la entrega; demostró el cumplimiento de horario de trabajo, la utilización de elementos provistos por la convocada a juicio, la capacitación recibida y, el suministro de combustible para el vehículo empleado. Las comisiones recibidas constituían salario en los términos del artículo 127 del CST, correspondían a lo pagado por caja vendida, entre \$300 o \$400 pago diario que al mes equivalía a \$4'000.000.00. En este orden, demostrados los elementos del contrato de trabajo se debió declarar su existencia, que no se desvirtúa con la certificación aportada por un tercero dando cuenta de un contrato de servicios con otra empresa. INDEGA fue notificada del fuero sindical, aunque el *a quo* no se pronunció arguyendo la existencia de un contrato de concesión, empero, el aportado no cumple los presupuestos del Código Civil, en consecuencia, se debe revocar la sentencia apelada y acceder a las pretensiones del *libelo incoatorio*⁷.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que el 10 de junio de 2005 Luis Fernando Ramírez Gómez y Panamco Colombia S.A. hoy INDEGA S.A., suscribieron contrato de concesión para reventa cuyo objeto fue

⁷ CD Folio 200.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 008 2019 00639 01
F.S. Luis Fernando Ramírez T. INDEGA S.A.

que aquel adquiriría y revendería en forma no exclusiva ciertas cantidades de productos de ésta, vínculo que el 17 de julio de 2019 la sociedad enjuiciada terminó unilateralmente; situaciones fácticas que se coligen del señalado contrato de concesión y su *otros*⁸, la carta de finalización⁹ y, la certificación de referencia comercial de 19 de julio de 2016¹⁰.

Los días 17 de agosto de 2011, 24 de julio de 2012 y 13 de junio de 2018, el demandante firmó con la Industria Nacional de Gaseosas S.A., sendos contratos de arrendamiento de los vehículos automotores con placas SZW 235 y SPU 697 con un costo de \$30.244.00 diarios, \$31.372.00 diarios y, \$835.000.00 mensuales, respectivamente¹¹.

El 13 de junio de 2018 Ramírez Gómez y la Compañía de Transporte de Bebidas S.A.S. – TRANSBEB suscribieron contrato de vinculación, cuyo objetivo fue la ejecución material de los contratos de transporte que se celebraran con terceros para el transporte de bebidas gaseosas, refrescos, jugos, aguas, tés, bebidas isotónicas y bienes promocionales fabricados o comercializados por embotelladores de productos de marca Coca – Cola en Colombia¹²; en igual calenda, Luis Fernando Ramírez Gómez firmó con Embotelladora de la Sabana S.A.S. – EMBOSA contrato de concesión para la reventa de “*ciertas cantidades acordadas de LOS PRODUCTOS*”, transfiriéndole ésta conocimientos,

⁸ Folios 44 a 51 y, Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 1 a 9.

⁹ Folios 80 a 81.

¹⁰ Folio 35.

¹¹ Folios 41 a 43 y, 63 a 67, Expediente digital, Archivo 03, Folios 12 a 13.

¹² Folios 52 a 62.



experiencia y técnicas comerciales¹³; vínculos que el 17 de julio de 2019 TRANSBEB y EMBOSA finalizaron en forma unilateral¹⁴.

El 22 de febrero de 2018 el Sindicato Nacional de Trabajadores del Sistema Agroalimentario, la Industria de Bebidas, Gaseosas, Refrescos, Lácteos, Cervezas y Licores en Colombia – SINTRACERGAL comunicó a INDEGA S.A. la admisión del accionante como tercer suplente de la Junta Directiva de esa organización sindical, como dan cuenta el escrito de 22 de febrero de 2018¹⁵, las certificaciones emitidas por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo¹⁶ y, las constancias de registro de modificación de la junta directiva¹⁷.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada.

CONTRATO DE TRABAJO

Con arreglo al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: (i) la actividad personal del trabajador, (ii) la continuada subordinación o dependencia de éste respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución del servicio.

¹³ Folios 68 a 79.

¹⁴ Folios 82 y 83 a 85.

¹⁵ Folio 85.

¹⁶ Folio 88 y, Expediente digital, Archivo 05, Documento RDO. 75396.

¹⁷ Folios 89 a 90 y 91 a 92 y, Expediente digital, Archivo 05, Documento SINTRACERGAL.



En los términos del artículo 24 del ordenamiento en cita, se presume que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por una vinculación contractual laboral, tema sobre el que la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, ha explicado que probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación¹⁸.

Cabe mencionar, que el juez que resuelve un conflicto relativo a la estabilidad laboral derivada del fuero sindical, está habilitado para resolver cuestiones adicionales que se le propongan para determinar si al demandante le asiste el derecho a ser reintegrado, como sería la existencia de la relación laboral, la calidad de miembro de la junta directiva y el despido, en tanto, en los términos del artículo 48 del CPTSS, el sentenciador cuenta con la competencia para implementar las medidas necesarias que garanticen el respeto de los derechos fundamentales y, precisamente, en un proceso de fuero sindical es su deber solucionar todas las cuestiones relacionadas con la declaración del derecho pretendido, pues, una decisión eminentemente procesal dejaría al trabajador sin posibilidad de defensa, determina la prescripción de la acción de reintegro y dejaría el conflicto en el limbo, generando requisitos judiciales adicionales como el proceso ordinario, no señalados en la ley, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia¹⁹.

¹⁸ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 44519 de 29 de julio de 2015 y 62373 de 24 de julio de 2019.

¹⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 28540 de 24 de abril de 2012, reiterada en sentencia 37308 de 20 de agosto de 2014.



Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada, en que constan sus cambios de razón social a Panamco Colombia S.A. e INDEGA S.A., entre otros²⁰, (ii) historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A., correspondiente al actor ²¹, (iii) certificación de 19 de julio de 2016, suscrita por la Contadora Senior de BPO Consulting indicando que Ramírez Gómez tenía ingresos por \$4'000.000.00²², (iv) licencia de tránsito, SOAT y certificado de revisión técnico mecánica del vehículo de placa SPU 697, marca International, modelo 2011²³, (v) formulario de solicitud de admisión a SINTRACERGA diligenciado por el demandante²⁴, (vi) listado de delegados asistentes a la Asamblea General Nacional de 29 de junio de 2018²⁵, (vii) estatutos y acta de fundación de la organización sindical SINTRACERGA²⁶, (viii) reconocimientos otorgados al accionante con el logo de Coca – Cola FEMSA²⁷, (ix) lista de entregas de 03 de febrero de 2016²⁸, (x) hojas de carga de 20 de octubre de 2017 y 01 de febrero de 2019²⁹, (xi) contratos de transacción y, de concesión para re venta, firmados entre Gustavo Mejía Restrepo e INDEGA S.A.³⁰, (xii) escrito de 30 de septiembre de 2019, en que la demandada responde el derecho de petición del anterior día 13, indicando al actor que el vínculo que existió fue de naturaleza comercial correspondiente a contrato de concesión para reventa, por cuya terminación unilateral le fue reconocido \$1'253.352.00 como tasación anticipada de perjuicios³¹, (xiii) certificación de 02 de diciembre de 2020 precisando que a Ramírez Gómez no se le efectuaron pagos como

²⁰ Folios 25 a 31 y 147 a 163.

²¹ Folios 32 a 34.

²² Folio 36.

²³ Folios 39 a 40.

²⁴ Folio 87.

²⁵ Folio 93.

²⁶ Folios 95 a 122 y 123 a 127.

²⁷ Folios 128 a 131.

²⁸ Folios 132 a 136.

²⁹ Folios 137 a 139 y, Expediente digital, Archivo 12, Folios 1 a 2.

³⁰ Folios 188 y, 189 a 193.

³¹ Folio 195.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 008 2019 00639 01
F.S. Luis Fernando Ramírez Vs. INDEGA S.A.

retribución por la gestión comercial de reventa del portafolio de productos de la marca Coca – Cola³², (xiv) certificado de matrícula mercantil del convocante³³, (xv) certificación de pago de aportes al sistema integral de seguridad social de marzo de 2010 a marzo de 2018 y de abril a julio de 2019³⁴, (xvi) sentencias de tutela proferidas por los Juzgados Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple y, Diecinueve Civil del Circuito de Cali³⁵, (xvii) comunicación de 07 de septiembre de 2020 en que BPO Consulting S.A.S. indicó que suscribió contrato de prestación de servicios con el demandante, vigente de 23 de noviembre de 2009 a 17 de julio de 2019, adjuntando el referido contrato y sus anexos³⁶, (xviii) carta de renuncia de 26 de marzo de 2018, firmada por Teiler Alexander Cuero Murillo, registro de entrega de uniformes y/o elementos de protección personal de Alejandro Ordoñez, liquidación de prestaciones sociales de Rolando Romero Ortiz y, llamado de atención a Jorge Hernán Andrade Ramírez, en los que aparece como empleador Luis Fernando Ramírez Gómez³⁷, (xix) pacto colectivo de trabajo suscrito entre INDEGA S.A. y sus trabajadores no sindicalizados, con constancia de depósito³⁸, (xx) recibos de consignación en el Banco BBVA por recaudo de facturas³⁹, (xxi) documento denominado estado de cuenta del concesionario⁴⁰, (xxii) contratos de comodato de envase⁴¹ y, (xxiii) formatos de costos y deducciones con rótulo de Coca – Cola FEMSA y “RAMÍREZ GÓMEZ LUIS FERNANDO NIT 167356643”⁴².

³² Folio 196.

³³ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 17 a 18 y 126 a 127.

³⁴ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 19 a 48 y 97 a 124.

³⁵ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 51 a 71 y 73 a 81.

³⁶ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 85 a 86 y 87 a 94.

³⁷ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 128 a 131.

³⁸ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 133 a 191.

³⁹ Expediente digital, Archivo 08_3PruebasPasiva.

⁴⁰ Expediente digital, Archivo 12, Folios 3 a 9.

⁴¹ Expediente digital, Archivo 12, Folios 10 a 13.

⁴² Expediente digital, Archivo 12, Folios 14 a 20.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 008 2019 00639 01
F.S. Luis Fernando Ramírez y s. INDEGA S.A.

Se recibió el interrogatorio de parte de la Representante Legal de INDEGA S.A.⁴³, así como los testimonios de Gustavo Mejía Restrepo⁴⁴,

⁴³ CD Folio 184, Parte 1, Min. 00:05:50. Shíara Trujillo Chacón, Representante Legal de la enjuiciada. Dijo que algunos trabajadores de INDEGA están afiliados a SINTRACERGA, organización sindical que le notificó la afiliación de Luis Hernando Ramírez Gómez, pero las afiliaciones de personas que no son trabajadoras en la compañía no tienen ninguna incidencia, les comunicaron que el actor era miembro de la Junta Directiva antes de 16 de julio del 2019; en razón al contrato comercial de concesión que existió para la reventa de productos, se le entregaban al demandante facturas por la compra, relacionando la información recibida del concesionario; al accionante no se le asignaron barrios, dentro de las cláusulas del contrato comercial se le sugirieron zonas geográficas para efectuar la actividad de reventa, con el fin que la actividad del concesionario fuera de mejor efectividad, basados en históricos de compras que se tienen, el accionante podía realizar la reventa o la actividad en una zona diferente a las sugeridas; a la par de la celebración del contrato de concesión, se suscriben uno o varios contratos de arrendamiento de vehículos para ser usados por el concesionario en su actividad de reventa, debiendo pagar un canon mensual o diario, precisamente se arrendaba el vehículo por ser especial para el transporte de bebidas, por ende, cuenta con estibas que soportan el producto por temas de inocuidad y conservación, esas estibas hacen parte del vehículo; no habían pedidos, lo que había era una compra de producto por un cliente frecuente, por eso el contrato de concesión de Ramírez Gómez se extendió por años, a diario compraba un volumen importante de producto para proceder a su reventa; la venta de productos a nivel nacional en las plantas de producción tenía unas ventanas de atención que eran franjas horarias entre 05:00 a 07:00 a.m. o 06:00 a.m. a 08:00 a.m., el concesionario entraba a las instalaciones porque ahí estaba el producto; el demandante atendía los barrios Villas del Lago, La Floresta, Santa fe, Eduardo Santos, El Paraíso y, 12 de Octubre, era donde revendía el producto; con los aliados comerciales se manejan unos precios o tarifas favorables, en esa medida le vendían al concesionario los productos a un precio "1" y éste efectuaba la reventa a un precio "2", obviamente un precio superior al que compraba, esa diferencia hacía rentable el contrato de concesión, era su utilidad, con lo que además de pagar los productos, pagaba la nómina de sus empleados y obligaciones relacionadas con temas de seguridad social, también pagaba el canon de arrendamiento, asumiendo los costos de mantenimiento del vehículo, combustible y, peajes; la empresa manejaba diferentes modalidades de venta, de contado y a crédito, al concesionario la empresa le autorizaba el crédito, pero a sus clientes era manejo del concesionario; la empresa no cuenta con Jefe de Ruta; no se asignaban precios a los productos, se daban precios sugeridos al público, por eso es que dependiendo de la zona el consumidor accede, por ejemplo a una coca cola de \$1.500 o de mayor valor; las cajas y envase en los que están envasados los productos son activos de la compañía, se entregan a través de una figura de comodato, tanto al concesionario como al cliente final, es lógico que el concesionario no puede comprar producto sin envase, lo mismo pasa con las canastas; no había una persona propiamente asignada para el conteo del producto, lo que existe, como en cualquier negocio, es la verificación de la compra, es decir que lo que esté en el camión sea lo mismo que el concesionario compró.

⁴⁴ CD Folio 184, Parte 2, Min. 00:00:05. Gustavo Mejía Restrepo, Bachiller. Depuso que conoció a Luis Fernando desde hace 23 años más o menos, en Coca Cola, cuando fue Vendedor de reparto de INDEGA S.A., Luis también hacía lo mismo; un vendedor de reparto llegaba a las 6:00 a.m. a INDEGA S.A. a recoger un listado que entregaban los jefes directos, un cargue y unas facturas, se dirigían al camión a contar y comenzaban la ruta asignada, entre los jefes directos estaban Diego Franco, Edison Franco y Orlando Lora, eran jefes supervisores directamente de INDEGA; en la tarde acudían para liquidar la planilla; INDEGA daba los precios del producto que transportaban en los vehículos, los camiones son de la empresa, les daban una comisión por ventas que incluía el pago de combustible y arriendo del camión; no firmaron ningún contrato para la entrega de producto, no sabe si el actor firmó algún contrato de arrendamiento; salían de la empresa a hacer la entrega en la ruta asignada y, con los precios sugeridos, el cliente pagaba el producto a Luis Fernando Ramírez o al ayudante, el dinero iba directamente a la caja fuerte para ser consignado en la tarde; si el cliente no compraba el producto por alguna razón, se hacía una devolución en el listado de entrega a la empresa, no recibían pago por haber transportado ese producto; si el actor se enfermaba o no podía asistir por algún problema familiar, tenían un conductor de reserva que sacaba la ruta, a él le pagaba la empresa; debían pedir permiso o autorización antes de faltar, a los supervisores a cargo que eran directos de INDEGA S.A.; todos los días se veía con el demandante en el cargue del camión y en las tardes cuando llegaban. Llevaban los créditos para que fueran autorizados por la empresa, Luis Fernando no podía hacer créditos de los productos que debía entregar; los productos no tenían precios diferentes a los autorizados por INDEGA; los listados traían datos de cliente, tienda, código de INDEGA, dirección, precio y producto; la mayona tenía un camión fijo, si se varaba la empresa enviaba otro camión para transportar la carga; el listado era entregado en el área de liquidación; el actor atendía los barrios San Judas, Agua Blanca, Santa Elena y otros, tenía asignado el camión de placa SPU 697, no recuerda la placa de su vehículo asignado; los ingresos eran como de \$4'000.000.00, diariamente les pagaban más o menos \$154.000.00; los listados tenían relación de entre 80 a 110 clientes; el gasto de combustible del camión lo sacaban de la comisión, les devolvían un porcentaje; atendió los barrios Caney, Cañaverales, Nápoles, Capri, Quintas de Don Simón y, Las Haciendas; en la empresa existe el cargo de Distribución, pero no recuerda quién era el jefe; no podían atender zonas diferentes a las asignadas, ni modificar pedidos, debían reportarse con el supervisor inmediato para ver cómo iba la entrega, les entregaban una planilla de conteo que tenía información de estado de cuenta, nombre, venta y rechazos; los pedidos los hacía un Prevendedor de la empresa. Suscribió contrato indefinido con INDEGA, debía llegar a las 06:00 a.m., recibir órdenes de los supervisores, hacer la ruta, entregar la papelería, el listado de clientes, la factura y la planilla de conteo, salir al mercado y, entregar el producto, también firmó un contrato de concesión, que consistía en lo mismo, llegar a las 06:00 a.m. para recibir de los supervisores el listado de clientes, las facturas, la planilla de conteo para poder salir al mercado de la ruta e ir a entregar el producto, llegar en las horas de la tarde o en la noche para abrir la caja fuerte, ir a liquidación y consignarlo en el banco; Luis Fernando suscribió un contrato de concesión, no tenía vigencia; por un día fue conductor ayudante del actor; la ganancia diaria era variable, dependía de la carga de la venta, no había diferencia entre el precio que daba la empresa y el de la venta, tenían un flete que era lo que se sacaba de la jornada, se los consignaban en una cuenta corriente; de 2015 a 2018 Luis Fernando tuvo trabajadores por medio de INDEGA, él los conseguía y la empresa los contrataba a nombre de él, no recuerda los nombres de esos trabajadores; la empresa les descontaba seguridad social, uniformes y liquidaciones, no tuvo cuenta bancaria en la que INDEGA le hiciera pagos, lo que le pagaban "lo sacaban de la cuenta corriente (...) ahí no más en la cuenta corriente que ellos me consignaran era una diferencia que nos descontaban del día a día para poder pagar la alimentación, lo que nos descontaban, ellos nos pagaban la alimentación, el combustible", los pagos eran más o menos cada 8 días; como concesionarios tenían conductores y ayudantes autorizados por la compañía, todo conductor debía tener 4 o 3 trabajadores, 4 compañeros a cargo para hacer la ruta, a ellos les pagaba INDEGA en efectivo; concluida la entrega del producto, se debía hacer la devolución de botellas, envase, canastas plásticas, estibas y el producto devuelto; el actor estaba afiliado a una organización sindical, pero no sabe a cuál; recibió reportes de promociones que eran para los clientes, por eso no recibían ganancia.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 008 2019 00639 01
F.S. Luis Fernando Ramírez Vs. INDEGA S.A.

Luis Alberto Herrera Restrepo⁴⁵, Martha Soraya Peñaloza Machado⁴⁶ y, Claudia Patricia Ramírez Sánchez⁴⁷.

⁴⁵ CD Folio 197, Parte 2, Min. 00:00:25. Luis Alberto Herrera Restrepo, Bachiller. Manifestó que conoce a Luis Ramírez hace mucho tiempo, trabajó con INDEGA en tres ocasiones desde 2002, no recuerda las fechas, hasta 17 o 18 de julio, fue Supernumerario, cuando no era conductor lo enviaban como ayudante; Luis Fernando era motorista de reparto, hay descargadores o conductores nada más, debía llegar a las 06:00 a.m. Vio al demandante atender en los barrios Alameda, Santa Helena y El Guabal, tenía asignado un vehículo fijo porque está prohibido que un vehículo pase de un barrio a otro, la placa era SPU 679 o 97, había dos jefes Edison Franco y Juan Carlos Paz, a veces estaba Orlando Lora o Don Ramón, la labor del actor era entregar tienda a tienda, recaudar dineros, créditos formales e informales; no se podían vender o entregar productos en lugares distintos a los señalados por la empresa; todos los productos entregados a los clientes eran de INDEGA; se llevaba un control del combustible del carro; en caso de pérdida de dinero o producto, debían responder ante la empresa, las cajas de seguridad eran manejadas por personal de la empresa, Armando Mosquera, Argemiro y Orlando Lora, la clave la cambiaban cada 8 o 3 días; Fernando Ramírez recibía órdenes de Diego Franco, Juan Carlos Paz, Ramon, Orlando Lora; les entregaban una hoja de cargue con el control de los productos en el vehículo. En ocasiones se llegó a cruzar con el demandante llevando carga a clientes de la misma zona; Edison Franco era "jefe de las P", que son masivos, autoservicios, bodegas; cuando el demandante retornaba a la empresa hacía una consignación a favor de la empresa por la venta del envase, créditos y productos; escuchó que la empresa pagaba al actor comisiones; el demandante iba acompañado de los ayudantes en su recorrido.

⁴⁶ CD Folio 197, Parte 2, Min. 01:08:17. Martha Soraya Peñaloza Machado, Maestría en Recursos Humanos y Gestión del Conocimiento – Tachada por sospecha –. Indicó que se retiró de Coca Cola el 31 agosto 2020, conoció a Luis Fernando Ramírez durante la etapa laboral, entre 2006 y 2007 más o menos, él era un concesionario, un comerciante que es cliente de la compañía, compra productos y luego los revende, por lo que gana una utilidad, es como un microempresario que maneja su empresa, tiene total autonomía, contrata sus trabajadores, coloca las reglas, maneja independientemente, al inicio de los contratos se sugieren unas rutas, porque en consumo masivo es muy difícil no dar unos parámetros logísticos de ubicación geográfica de los clientes, pues, se volvería un desorden, eso lo hacen todas las compañías de consumo, por ejemplo las de leche, gaseosa y cerveza, la persona va a revender y luego le paga a la compañía, incluso el actor tuvo dos rutas; Ramírez Gómez tenía arrendados dos camiones en los que se le cargaban los productos que compraba y luego revendía, INDEGA era la empresa arrendadora, en el contrato se acordó que Luis Fernando se encargara del combustible y reparaciones o mantenimiento del vehículo; el contrato de concesión se carga el camión con los productos que pide el concesionario para luego ir a revender, él visita las tiendas, detallistas, restaurantes y lo que quede en su zona, vende el producto y en la tarde cuando llega lo paga en un banco y, deja el camión dentro de las instalaciones para que vuelvan y le paguen el producto que le vendió la compañía, él diariamente pagaba el producto, es decir, se le daba en consignación en la mañana y debía pagarlo en la tarde, lo que no se vendía se devolvía, la ruta de clientes no era la misma todos los días; el actor podía pactar la venta de los productos, hacer acuerdos, el manejo del cliente era de su autonomía, incluso compraba el producto de contado, pero el cliente podía pagárselo a crédito; el demandante autorizaba que de la liquidación diaria se le efectuara un descuento con destino a BPO, que era una firma de asesoría fiscal, tributaria y en las nóminas, entonces, "ellos hacían los pagos como empresarios y los pagos de sus empleados también"; el actor debía informar a INDEGA los trabajadores que contrataba, para efectos de cumplir las normas de ingreso a la compañía, cumplir los requisitos de seguridad social, hasta portaban un carné para moverse en las instalaciones, porque el actor a veces no iba, debido a que también tenía negocios particulares como dos taxis, Luis Fernando desde el comienzo dejaba autorizados a sus conductores, por eso no habla problema si alguna vez no asistía directamente; si el actor hubiese tenido multas de tránsito, él era quien asumía su pago; dentro de los acuerdos que se hacen cuando se firma el contrato de concesión, se establecen unas horas en las que se vende el producto, eso es por el mercado, los clientes exigen que se llegue temprano, porque si la leche llega primero, ésta se lleva la plata, generalmente la ventana de atención era desde las 06:00 a.m., excepto para quienes venían de lugares como Popayán, a ellos se les atendía a las 11:00 a.m. o 12:00 p.m. o, los que venían de Buenaventura que se atendían a la hora que llegaran; el banco estaba abierto más o menos de 02:00 p.m. a 10:00 p.m., pero no tenía hora exacta, en caso de no alcanzar a llegar al banco, existían cajas fuertes para guardar el dinero y, al día siguiente iban a consignarlo para pagar el producto. En la noche, luego que se pagaba el producto, los operadores logísticos cargaban todos los camiones para que estuvieran listos a las 6:00 a.m., el actor llegaba, entraba él o sus empleados autorizados, sacaban los dos camiones, vendían el producto y en la tarde regresaban a pagarlo; se les entregaba una planilla que explicaba el producto que se daba en consignación; INDEGA tiene conocimiento de algunos clientes del demandante, no podía conocerlos todos porque todos los días nacen y mueren clientes; había un supervisor de reparto, que era la persona que tenía unas funciones específicas, facilitando a los concesionarios los productos que necesitaran, Edison Franco fue uno; el demandante asistió a reuniones relacionadas con el lanzamiento de estrategias de mercado, eso se acordó en el contrato de concesión; a los concesionarios no se les entrega uniformes, se les daba la opción de comprarlos, así como otros elementos, a precios más económicos, pero no todos los compraban, incluso hay concesionarios que utilizan uniformes propios; INDEGA no hacía pagos a los concesionarios, ellos cobraban el producto y de manera automática tomaban el excedente o el valor que hubieran pactado por la reventa, inclusive de la utilidad diaria pagaban a sus empleados; había una caja fuerte por seguridad, el concesionario no conocía la clave porque hubo eventos en que los amenazaban y robaban, esa caja era abierta por una persona de la empresa en presencia del concesionario; uno de los empleados del actor fue Gustavo Mejía, conoció más pero no recuerda los nombres; en los camiones podían ir de 2 a 3 personas. Los camiones tienen unas condiciones especiales de temperatura y cubierta para que el producto no se aselee; en INDEGA no hay gestión de preventa; los productos se entregaban de acuerdo con la estadística histórica de los clientes, es un aproximado o, según la solicitud de Luis Fernando; la empresa identifica los clientes de coca cola con un código, pero no los del concesionario; las estibas pertenecían a INDEGA.

⁴⁷ CD Folio 197, Partes 2, Min. 02:34:40, 3 y 4. Claudia Patricia Ramírez Sánchez, Especialista – Tachada por sospecha –. Dijo que es Gerente de Sector de INDEGA; conoció a Luis Ramírez porque él era concesionario, tenía una ruta de concesión en la distribuidora de Cali, el contrato de concesión consiste en que les compran un producto para su reventa y de eso queda una utilidad, para el caso de Luis Fernando, él tenía unos trabajadores que sacaban la ruta y le respondían, de hecho, él casi no iba a la distribuidora, se daba cuenta cuando los concesionarios recogían su camión; no había horario para la ejecución del contrato de concesión, los concesionarios son personas independientes, tienen sus clientes, establecen métodos de trabajo y demás, lo que tenía horario era la ventana de salida de rutas de 05:00 a.m. a 08:30 a.m., al terminar la labor regresan a pagar lo vendido, esa ventana de devoluciones está abierta de 02:00 p.m. a 11:00 p.m., luego de la venta, pago del producto y consignación del dinero, lo que quedaba era la utilidad; el supervisor de reparto es como un interlocutor que administra el contrato, es el veedor, hace visitas al mercado, a la ruta, busca herramientas de mejora; las personas que le colaboraban al actor en la ejecución del contrato eran sus empleados, el concesionario decide cómo pagarles; hay zonas en que los concesionarios pueden moverse porque de lo contrario estarían cruzándose o encontrándose con los mismos clientes, INDEGA no tiene labor de preventa, el actor era



Cabe precisar, que los testimonios de Martha Soraya Peñaloza Machado y Claudia Patricia Ramírez Sánchez, se caracterizaron por ser coherentes y claros, sin que evidencien contradicción o parcialidad, entonces, ofrecen a la Sala credibilidad, en tanto, expresaron las circunstancias fácticas que conocían y les constaban respecto del objeto de litigio.

Pues bien, los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que el demandante prestó servicios personales como Concesionario a Industria Nacional de Gaseosas S.A., en desarrollo del contrato de concesión suscrito el 10 de junio de 2005 con Panamco Colombia S.A. hoy INDEGA S.A.; situaciones fácticas que se coligen del mencionado acuerdo comercial y su *otrosí*⁴⁸, así como de lo aseverado por los testigos Gustavo Mejía Restrepo, Luis Alberto Herrera Restrepo, Martha Soraya Peñaloza Machado y, Claudia Patricia Ramírez Sánchez.

En este orden, obraría a favor del accionante la presunción que dicha labor se encontraba regida por un contrato de trabajo, entonces, correspondía a la parte enjuiciada acreditar el hecho contrario al presumido, esto es, que la labor fue autónoma e independiente.

autónomo de manejar su ruta; las canastas y envase retornable es inventario de la empresa, cuando el concesionario llegaba sin envases o canastas debía asumir su pago, algunos compran esos elementos y los almacenan en su propia bodega, el vehículo usado por el actor era propiedad de la compañía, ello se da por imagen y por las condiciones que el vehículo debe tener; los concesionarios compran sus uniformes; ocasionalmente la empresa hace reuniones o actividades relacionadas con estrategias comerciales; INDEGA no efectuó pagos directamente al demandante. La empresa facturaba al concesionario, no a los clientes, tampoco les concedía créditos; el concesionario puede manejar precios, al cliente le cobra más porque necesita tener una utilidad, el precio sugerido lo da la empresa; la caja de seguridad que tenían los vehículos era abierta por un trabajador de INDEGA.

⁴⁸ Folios 44 a 51 y, Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 1 a 9.



En el examine, INDEGA S.A. desvirtuó la presunción anterior, en tanto, del contrato de concesión para la reventa se evidencia como objeto que *“LA COMPAÑÍA se compromete a otorgar al CONCESIONARIO una concesión para que éste adquiera de aquella y revenda, en forma no exclusiva, ciertas cantidades acordadas de LOS PRODUCTOS y EL CONCESIONARIO se compromete a adquirir y pagar a LA COMPAÑÍA tales cantidades de PRODUCTOS para venderlos, en forma exclusiva, y a velar por la competitividad de LOS PRODUCTOS y la buena imagen de LAS MARCAS. LA COMPAÑÍA se obliga a transferir al CONCESIONARIO conocimientos, experiencia y técnicas comerciales y EL CONCESIONARIO se obliga a cumplir con las políticas de LA COMPAÑÍA en relación con la distribución, imagen de LOS PRODUCTOS y de LAS MARCAS, competitividad de los mismos, servicio a los clientes y condiciones de comercialización”*, acuerdo en cuyo desarrollo el convocante ejecutó su actividad en diferentes barrios de la ciudad de Cali, según la zona que le fue sugerida por la demandada como lo explicaron las deponentes Martha Soraya Peñalosa Machado y Claudia Patricia Ramírez Sánchez, que obedecía a la necesidad de establecer un orden entre los concesionarios para evitar que coincidieran acudiendo ante los mismos clientes de la compañía.

En adición a lo anterior, obran en el instructivo contrato de prestación de servicios firmado entre el demandante y BPO Consulting S.A.S., vigente de 23 de noviembre de 2009 a 17 de julio de 2019, como da cuenta el escrito de 07 de septiembre de 2020 elaborado por el Representante Legal de dicha sociedad⁴⁹, el mencionado contrato y sus anexos⁵⁰; asimismo, contratos de arrendamiento de fechas 17 de agosto de 2011, 24 de julio de 2012 y 13 de junio de 2018, suscritos entre Ramírez Gómez y la demandada respecto de los vehículos con placas SZW 235 y SPU 697, marca *International* 4300, modelos 2012 y 2011, respectivamente, cuyos objetos son idénticos y señalan *“En virtud del*

⁴⁹ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 85 a 86.

⁵⁰ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 87 a 94.



presente contrato, LA ARRENDADORA entrega a EL ARRENDATARIO a título de arrendamiento, un (1) vehículo automotor de las características que se especifican a continuación, concediéndole su uso y goce a EL ARRENDATARIO”⁵¹.

Siendo ello así, INDEGA S.A. acreditó que la actividad de Reventa efectuada por el convocante al ejecutar el contrato de concesión fue autónoma e independiente, en tanto, la necesidad de organización de los concesionarios de la sociedad convocada, su capacitación en temas relacionados con venta de productos y, el arrendamiento de un vehículo automotor no configuran la alegada subordinación jurídica⁵², por el contrario, los medios de persuasión relacionados, valorados en conjunto, permiten colegir además, que el demandante no prestaba servicios exclusivos a la enjuiciada, ni se encontraba sujeto a horario de trabajo u órdenes del personal de INDEGA S.A., con excepción de las instrucciones propias de la actividad mercantil a ejecutar.

Cumple precisar, que la testigo Martha Soraya Peñaloza Machado afirmó que Ramírez Gómez tenía trabajadores a su cargo, cuyo manejo lo ejercía con autonomía e independencia; a su vez, la deponente Claudia Patricia Ramírez Sánchez aseveró que el actor tenía trabajadores que sacaban la ruta y le respondían, por ende, él casi no iba a la Distribuidora, circunstancias que se corroboran con el registro de entrega de uniformes y/o elementos de protección personal de Alejandro Ordoñez, la carta de renuncia de 26 de marzo de 2018 firmada por Teiler Alexander Cuero Murillo, la liquidación de prestaciones sociales de Rolando Romero Ortiz y, el llamado de atención a Jorge Hernán Andrade Ramírez, documentos

⁵¹ Folios 41 a 43 y, 63 a 67, Expediente digital, Archivo 03, Folios 12 a 13.

⁵² CSJ, Radicado N° 32380 de 15 de abril de 2008 “Ahora bien, es apenas normal que el demandante tuviera que rendirle cuentas a la empresa y sujetarse a unas pautas trazadas por ésta, pero esas circunstancias en modo alguno desvirtúan de modo contundente la conclusión del ad quem, según el contexto general de la relación, sobre todo lo relativo a que el contratista no pagaba la mercancía al momento de retirarla, sino al final de la jornada, cuando recibía básicamente sus utilidades”.



en que Luis Fernando Ramírez Gómez aparece como empleador⁵³. En consecuencia, en este aspecto se confirmará la decisión apelada.

Siendo ello así, la inexistencia de la alegada vinculación contractual laboral, impide el estudio de la garantía foral pretendida, en tanto, en los términos del artículo 405 del CST, el fuero sindical *“es la garantía de que gozan algunos **trabajadores** de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”*. En este orden, surgen improcedentes los restantes pedimentos del *libelo incoatorio*, situación que impone confirmar también en este tema la sentencia de primer grado. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

⁵³ Expediente digital, Archivo 05, Documento PRUEBAS PARTE I, Folios 128 a 131.



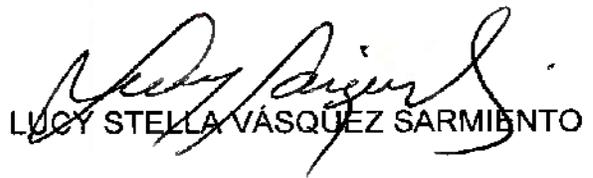
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 008 2019 00639 01
F.S. Luis Fernando Ramírez Vs. INDEGA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MAIRA LUCÍA
CASTELLANOS JIMÉNEZ CONTRA TOMY TOMATO S.A.S.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 25 de mayo de 2021 proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



La actora demandó para que se declare (i) la existencia entre las partes de un contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 02 de mayo de 2016 a 18 de mayo de 2018, con un salario real de \$1'659.787.00, (ii) la ocurrencia el 10 de febrero de 2018 de un accidente de trabajo y, (iii) que su despido carece de efecto jurídico, pues, se encontraba en situación de debilidad manifiesta; en consecuencia, se ordene su reintegro sin solución de continuidad a un cargo igual o superior, acorde con su estado de salud, pago de horas extras, nocturnas y dominicales de 2016 a 2019; salarios, aportes a salud y pensión, vacaciones, cesantías con intereses, primas de servicios, calzado y vestido de labor, dejados de recibir desde la terminación del contrato y hasta que se efectúe el reintegro; indemnización de la Ley 361 de 1997; indexación y; costas¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que de 02 de mayo de 2016 a 18 de mayo de 2018 laboró para la empresa demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente; servicios que prestó de manera personal, atendiendo las órdenes de su empleadora, en horario de 06:00 a.m. a 03:00 p.m. hasta 19 de noviembre de 2017, a partir del día siguiente y hasta 20 de abril de 2018, la jornada fue de 11:00 a.m. a 10:00 p.m. y, de 21 de abril a 18 de mayo de 2018 de 01:00 p.m. a 10:00 p.m., de domingo a domingo con dos días de descanso al mes, laborando horas extras, nocturnas y dominicales. El 10 de febrero de 2018, sufrió accidente de trabajo que le causó herida con compromiso del tejido celular subcutáneo del segundo dedo de la mano derecha, siendo atendida en la Clínica Palermo, incapacitada por 10 días debido a *"traumatismo del tendón y músculo extensor a nivel de la*

¹ Folios 4 a 9.



muñeca y de la mano diestra", afectación por la que recibe tratamiento médico de rehabilitación por la ARL SURA. El 18 de mayo de 2018, fue despedida sin el permiso del Ministerio del Trabajo; el 19 de noviembre siguiente, la ARL le practicó procedimiento quirúrgico de nervio radial derecho; actualmente se encuentra sin empleo².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Tomy Tomato S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con excepción de la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, en cuanto a los hechos aceptó el vínculo contractual laboral, los extremos temporales, el salario acordado, la prestación personal del servicio y, el cumplimiento de órdenes. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de la calidad de discapacitada de la actora, pago y, su buena fe³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a Tomy Tomato S.A.S. de todas las pretensiones incoadas por Maira Lucía Castellanos Jiménez; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, sin imponer condena en costas⁴.

² Folios 9 a 11.

³ Folios 94 a 100 y 105 a 107.

⁴ Audio y Acta de audiencia, Folios 111 a 113.



RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que la empresa omitió demostrar que el despido fue independiente de su situación de salud, específicamente por su improductividad frente a otras trabajadoras, solo la desvinculó a ella siendo cuatro en la cocina, según lo dijo la única testigo, prueba contundente del despido discriminatorio; la enjuiciada tampoco acreditó el actuar alegado en cuanto a que la había llevado en taxi y, que había terminado la vinculación laboral de otros trabajadores, ni la dificultad económica alegada, menos cuando registra ventas altas en la plataforma *tupedido.com*, evidenciando que se trata de una empresa próspera con más de tres puntos, que vende a gente importante, por ello, en el proceso lo que se vio fue un montaje del representante legal para encubrir la situación real de la empresa desconociendo un despido sin observancia del debido proceso, que desconoció su condición de discapacidad y, el fuero a que alude la Sentencia SU – 049 de 2017, en cuyos términos *“la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del trabajo aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares”*, sin embargo, ello no fue tenido en cuenta por el *a quo*; en este orden, aunque no cuenta con el 15% que exige la Corte Suprema de Justicia para reconocer el fuero por discapacidad, es indiscutible que el 9.7% era suficiente para que la empleadora tuviera que acudir al Ministerio del Trabajo a solicitar permiso para su desvinculación, por ende, ésta



es nula siendo procedente su reintegro sin solución de continuidad. Correspondía a la demandada demostrar que no trabajó horas extras en desarrollo del contrato de trabajo, lo que podía hacer a través de los registros en sus diferentes libros y, pagos de nómina⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que de 02 de mayo de 2016 a 18 de mayo de 2018 Maira Lucia Castellanos Jiménez laboró para Tomy Tomato S.A.S., como Auxiliar de Cocina, mediante contrato de trabajo de duración indefinida; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo⁶ y, la carta de desvinculación⁷.

El 10 de febrero de 2018, la demandante sufrió un accidente de trabajo que fue valorado mediante dictamen de la ARL SURA y, notificado con comunicación de 08 de enero de 2019, determinando pérdida de capacidad laboral de 9.25%⁸.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

⁵ CD Folio 113.

⁶ Folios 26 a 30.

⁷ Folio 31.

⁸ Folios 101 a 102.



ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La Sala se remite a los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997⁹, así como a la sentencia de exequibilidad de dicho precepto¹⁰.

En punto al tema de la estabilidad ocupacional reforzada, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que (i) la prohibición establecida en dicho precepto se refiere a despidos motivados en razones discriminatorias, siendo entonces legítima la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa; (ii) si en un proceso laboral, el trabajador acredita su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, con el pago de salarios y prestaciones insolutos, además, la sanción de 180 días de salario y, (iii) la autorización del inspector del trabajo se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sea incompatible e insuperable con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, de modo que la omisión de dicha obligación implica la ineficacia del despido y el pago de los salarios, prestaciones y sanciones establecidas en la ley¹¹.

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia SU – 049 de 02 de febrero de 2017, unificó su jurisprudencia señalando que “según la

⁹ Conforme a la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 458 de 2015, se reemplazan las palabras “limitación” y “limitada” por las expresiones “discapacidad” o “en situación de discapacidad”.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C – 531 de 2000.

¹¹ CSJ, Sala Laboral SL1360 de 11 de abril de 2018, reiterada en sentencia SL 260 de 30 de enero de 2019.



Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente”¹².

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de Tomy Tomato S.A.S.¹³, (ii) historial clínico de Maira Lucía Castellanos Jiménez, emitido de 10 de febrero a 06 de diciembre de 2018 por la Clínica Palermo y, la Unidad de Tratamiento del Dolor¹⁴ y, (iii) tratamiento de rehabilitación de 06 de julio de 2018, expedido por la ARL SURA¹⁵.

También se recibió el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada¹⁶, así como el testimonio de Karen Eliana Sedano Niño¹⁷.

¹² En concordancia con el reciente pronunciamiento emitido en la sentencia C – 200 de 2019.

¹³ Folios 23 a 25.

¹⁴ Folios 32 a 38, 43 a 52, 73 a 76 y, 87 a 88.

¹⁵ Folios 39 a 42, 53 a 72 y, 77 a 86.

¹⁶ CD Folio 110, Min. 00:14:40, Parte 1. Tomas Durán San Pedro, Representante Legal de la enjuiciada. Dijo que la demandante se vinculó laboralmente a la empresa que representa, de 02 de mayo de 2016 a 18 de mayo de 2018, conoció la ocurrencia del accidente de trabajo que tuvo Maira Lucía Castellanos Jiménez; desconoce la calificación de pérdida de capacidad laboral de la actora, no les fue notificada.

¹⁷ CD Folio 110, Min. 00:00:10, Parte 2. Karen Eliana Sedano Niño, Técnica. Manifestó que conoció a la demandante en TOMY TOMATOS, allí asistió administrativamente de agosto de 2017 a noviembre de 2019, no fueron compañeras de trabajo, porque ella estaba en las oficinas administrativas y la actora en el restaurante, trabajaba en el área de cocina, no sabe desde y hasta qué fecha trabajó allí, sabe que tuvo un accidente laboral en la compañía y posteriormente hubo un despido de empleados, entre ellos la accionante; el despido de trabajadores se dio porque en esa época la empresa estaba arrancando, entonces, las ventas y el flujo de las personas que ingresaban no era mucho, por lo que, no había muchos ingresos para sostener el personal; le parece que a la par de Maira fueron despedidas dos o tres personas; el accidente de trabajo consistió en que Maira se cortó un dedo con un vaso mientras lo lavaba, eso se reportó a la ARL para el pago de incapacidades; en la empresa ayudaba con el tema de pagos y revisión de nómina, los pagos los efectuaba la Coordinadora Administrativa; fue quien entregó el cheque y paz y salvo a la terminación del contrato; el horario de labores era de 11:00 a.m. a 08:00 o 09:00 p.m. de domingo a domingo, con días compensatorios a la semana. Después del accidente la actora tuvo quince días de incapacidad, como a los veinte días pudo seguir trabajando, el despido se dio en abril o mayo de ese mismo año, pero ella había seguido trabajando normal. Al momento del despido de Maira, la empresa tenía ocho empleados, ninguno estaba en situación de discapacidad,



Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir la debilidad manifiesta que aduce Maira Lucía Castellanos Jiménez, pues, al instructivo solo fue aportada la incapacidad médica otorgada de 10 a 19 de febrero de 2018¹⁸, tampoco se allegaron recomendaciones y/o restricciones médico ocupacionales, ni se acreditó continuidad en el tratamiento brindado por la ARL, por el contrario, como resultado de la rehabilitación adelantada ante esa Administradora, ésta concluyó *“Se da de alta por servicio de Terapia Ocupacional ante moderada mejoría en AMA y fuerza muscular. Se recomienda seguir trabajando sensibilidad en casa por medio de técnicas aprendidas con texturas y granos”*¹⁹.

Y, aunque se aportó comunicación de 08 de enero de 2019, mediante la que la ARL SURA informó a Castellanos Jiménez el porcentaje de pérdida de capacidad laboral – 9.25% –, con ocasión de las secuelas del accidente de trabajo acaecido el 10 de febrero de 2018²⁰, no se evidencia que con posterioridad a dicha calenda o la del despido – 18 de mayo de 2018 – ésta hubiere padecido situaciones de salud que le impidieran **sustancialmente** el desempeño de sus labores en condiciones regulares, ni que ese fuera el motivo de la terminación de la vinculación laboral, menos que existieran razones discriminatorias, tampoco se puede afirmar que la finalización del contrato de trabajo la colocara en situación de desprotección o le causara grave detrimento por razón de su salud.

excepto Maira; ni la ARL o la EPS le notificaron a la empresa alguna condición de salud de la demandante; Maira tuvo unas seis o siete terapias, no sabía de restricción de peso, lo que conoce fue porque fue presentado con la demanda.

¹⁸ Folio 33.

¹⁹ Folio 58 (Página 32).

²⁰ Folios 101 a 102.



TRABAJO SUPLEMENTARIO

La Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 159²¹ del CST, sobre trabajo suplementario o de horas extras, así como a la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, en cuyos términos, cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de recargos y tiempo suplementario, los medios de convicción sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precisos, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de horas extras trabajadas o recargos laborados²².

Cabe aclarar, que en los términos del artículo 164 del CGP, toda decisión judicial se debe fundar en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. A su vez, el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En ese orden, al pretender la demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el *libelo incoatorio*, tenía la carga de allegar

²¹ Artículo 159. Trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal.

²² CSJ, Sala Laboral, sentencia 31637 de 15 de julio de 2008.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 008 2019 00282 01
Ord. Maira Castellanos T's. Tomy Tomato S.A.S.

al proceso los medios de convicción que acreditaran la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, pues, al no hacerlo, la decisión judicial necesariamente le será desfavorable, acorde con el aforismo *actore non probante reus absolvitur*.

En este sentido, en el *examine*, no existe medio de persuasión que acredite las horas extras cuyo pago se solicita, carga probatoria que le correspondía a Maira Lucía Castellanos Jiménez, como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pedimentos.

En este orden, se confirmará la absolución impartida por el *a quo* en este tema. Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

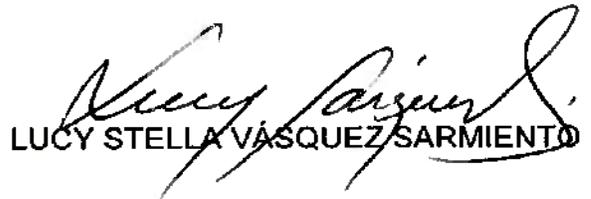
EXPD. No. 008 2019 00282 01
Ord. Maira Castellanos Vs. Tomy Tomato S.A.S.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO