



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 009 2015 00888-01. Proceso ordinario de Claudia Marcela Burbano Flórez contra Bancolombia S.A. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su despido en los términos del artículo 7° del Protocolo de San Salvador y no habersele entregado los comprobantes de pago a seguridad social integral correspondiente a los tres últimos meses de su relación; se condene a la demandada a readmitirla al cargo que se encontraba desempeñando para el mes de octubre de 2009 o a otro de igual o superior categoría, así como al pago a



título de indemnización de todos aquellos valores que por concepto de salarios y prestaciones sociales se causaron durante el periodo en que estuvo cesante hasta el momento de su readmisión, junto con los aportes al sistema de seguridad social, los intereses a las cesantías causadas y la compensación de vacaciones.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó se declare que la finalización del contrato fue ilegal e injusta, que la demandada retuvo en forma indebida las cesantías correspondientes al último año de servicio, así como los valores correspondientes a primas extralegales y primas de servicios de que era beneficiaria; que además incurrió en la omisión de comunicarle al fondo de cesantías la finalización del contrato para que se le entregaran las cesantías consignadas, y que se le causaron perjuicios que deben ser reparados integralmente; y como consecuencia de ello se condene a la demandada al pago indexado de la indemnización por despido injustificado que incluya los daños materiales y morales, la reparación integral de perjuicios, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y el en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los valores retenidos o deducidos de su liquidación definitiva de acreencias laborales, la indemnización correspondiente a dos horas semanales dedicadas a actividades lúdicas, culturales, de capacitación que jamás le dieron, así como la reliquidación de los parafiscales y aportes a seguridad social.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus pretensiones afirmó que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a partir del 5 de marzo de 2007 como Gerente de oficina en Bogotá con un sueldo básico de \$2'900.000,00.



Señaló que el 13 de octubre de 2009 su contrato fue cancelado de forma ilegal, unilateral e injusta, en la medida que no se le garantizó el derecho de defensa en la imputación de los hechos endilgados y estos tampoco fueron acreditados.

Indicó que no se le dieron las dos horas semanales dedicadas a actividades culturales, de capacitación; y tampoco le enviaron a la dirección registrada en su hoja de vida los comprobantes de pago de los parafiscales y de los tres últimos meses de servicio.

Agregó que a la finalización del contrato de trabajo la demandada le adeuda primas extralegales, primas de servicios, compensación de vacaciones y cesantías; así como la suma de \$1'725.665,00 que le retuvieron sin soporte legal.

Adujo que la cancelación injusta de su contrato de trabajo le ha traído serios perjuicios materiales y morales, porque le ha privado de conseguir un empleo y además ha afectado la paz y sosiego domésticos.

Finalmente indica que el 6 de octubre de 2012 radicó escrito en el que solicitó a la demandada el pago de las cesantías, los valores descritos en la liquidación del contrato de trabajo, las indemnizaciones de que trata los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, así como el despido injusto y su ineficacia.

Una vez notificada la sociedad accionada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que la terminación del contrato de trabajo de la demandante obedeció a la



configuración de una justa causa legal, que la retención de salarios y prestaciones sociales se efectuó de buena fe, a lo autorizado por la demandante y lo previsto en el artículo 250 del C.S.T. Propuso las excepciones de mérito que denominó, improcedencia de la readmisión pretendida y el pago de acreencias laborales con posterioridad a la terminación del vínculo, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, prescripción, pago, compensación, entre otras.

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que reconoció la existencia de la relación laboral entre las partes y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones; determinación a la que arribó al considerar en esencia que no es procedente la readmisión de la demandante, que la terminación del vínculo por parte de la demandante estuvo amparada en justa causa y que la falta de notificación de los pagos al sistema de seguridad social y aportes parafiscales no da lugar a su reintegro. En relación con los descuentos que se realizaron indicó que de acuerdo con criterio de la Corte Suprema de Justicia el empleador sí se encontraba facultado para realizarlos a la finalización del vínculo laboral y que en todo caso la demandante los había autorizado.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente que la juez de primer grado incurrió en evidentes errores de hecho al dar por demostrada la justa causa sin estarlo, no dar



por demostrado que el despido fue ilegal, dar por demostrado que la demandante no tenía derecho a los beneficios convencionales, dar por establecido que hubo buena fe en la demandada y dar por demostrado que la demandada podía retener por autorización legal las prestaciones sociales que se adeudaban.

En respaldo de tales afirmaciones sostiene al efecto que la servidora judicial de primer grado incurrió en errores en la apreciación de la prueba pues a pesar de que la demandante manifestó que la amparaba la Constitución para no declarar contra sí, el Juzgado insistió en que respondiera; y que además de ello los testimonios no fueron responsivos, en tanto no hicieron más que repetir prácticamente lo que ya estaba escrito.

Refiere que la servidora judicial de primer grado tomó como pruebas aspectos puramente penales que no han sido definidos por esa justicia, pues la demandante expresamente indicó que había un recurso; y que en tal sentido, mientras no sea confirmada dicha decisión y haga tránsito a cosa juzgada se presume su inocencia.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En los términos en que fue planteado el recurso de apelación, advierte la Sala que aun cuando se recurrió la totalidad de la decisión de primer grado, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S.; el análisis en esta instancia se circunscribe a



determinar la procedencia de las pretensiones cuyo reconocimiento fue negado en primera instancia en virtud del análisis de la prueba testimonial recepcionada, el interrogatorio de parte absuelto por la demandante y en los que tuvo en cuenta aspectos penales.

Lo anterior en tanto que, aun cuando el recurrente solicita se revoque en su totalidad la decisión de primer grado; los motivos que expuso en la sustentación del recurso los circunscribió exclusivamente a lo que a su juicio constituyen errores en la valoración del interrogatorio de parte absuelto por la demandante y la prueba testimonial, así como al hecho de haber tenido en cuenta aspectos de carácter penal.

En tal sentido, el análisis de la Sala se circunscribe a determinar la procedencia de las pretensiones relativas al reconocimiento de la indemnización por despido y la retención de las cesantías del último año de servicios; en consideración a que fueron los únicos aspectos respecto de los que la servidora judicial de primer grado hizo referencia al tema penal sobre el que el recurrente soportó su decisión.

Con tal propósito corresponde señalar que no es objeto de discusión entre las partes la naturaleza laboral del vínculo que las unió entre el 5 de marzo de 2007 y el 13 de octubre de 2009, ni que el mismo finalizó por determinación unilateral de la demandada amparada en justa causa.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al fondo del asunto, por cuestiones de orden metodológico la Sala emprenderá en primer término el estudio de la pretensión relativa al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado.



Al respecto, tal como se indicó en forma precedente, no fue objeto de discusión que la decisión de finalizar el vínculo laboral provino de la demandada; quien para el efecto, de acuerdo con misiva del 13 de octubre de 2009¹, adujo en esencia el proceder irregular y la ostensible violación de las normas y procedimientos establecidos para la seguridad de las operaciones, por parte de la demandante, que de haber sido advertidos no hubieran generado ni facilitado el fraude por la suma de \$290'000.000,00 a la cuenta de uno de sus clientes.

De forma específica la demandada expuso en síntesis que el 7 de octubre de 2009 la trabajadora en ejercicio de sus funciones como Gerente de la Sucursal Tintal Milenio, atendió directamente en su oficina a dos personas, una de las cuales se identificó como cliente de la oficina Avenida Chile con el propósito de retirar la suma de \$290'000.000,00, y para quien solicitó por parte de los funcionarios de caja un trato preferencial. Que pasó desapercibido que dicha persona se equivocó al plasmar su firma en los formatos que diligenció para efectos de la entrega del dinero, debiendo en este último evento no autorizar la transacción o haberlo remitido a la oficina de donde es cliente, y que además, la demandante se retiró de de las instalaciones de la sucursal en compañía de dicha persona; y que de acuerdo con la investigación realizada, se comprobó que la demandante consultó en la plataforma del Banco, el registro de firmas del cliente usando su usuario y el del asesor de esa sucursal; y que incluso interrogó al asesor de la sucursal si era posible imprimir o copiar dicho registro; esto lo hizo dos días antes del retiro de los \$290.000.000.

¹ Cfr fls 28 a 30



Con el propósito de acreditar los supuestos de hecho en que soportó su determinación la demandada allegó al proceso captura de pantalla² de los movimientos de la cuenta de ahorros 34-003973-83 en la que se observa transacción por el concepto “*COMPRA CHEQUE DE GERENCIA*” realizado en la sucursal Tintal Milenio por un valor de \$290'000.000,00 y que el 15 de octubre de la misma anualidad reporta nota crédito por el mismo valor.

De igual forma se aportó “*INFORME INTERNO No. 1 CASO TINTAL MILENIO*” en el que se concluyó preliminarmente, entre otros aspectos, que de acuerdo con uno de los aplicativos con los que cuenta la entidad bancaria, el 6 de octubre de 2009 la otrora trabajadora extrajo información sensible del cliente que se vio afectado con el fraude, y que aquella además tenía una estrecha relación con un cliente del Tintal; cliente éste que llevó al suplantador y que generó confianza en los funcionarios de la oficina.

Y también se allegó “*ACTA DE ENTREGA DE FUNCIONES OF. 213 TINTAL MILENIO*” de fecha 25 de junio de 2007³ suscrito por la demandante, en el que se advierte que entre las responsabilidades asignadas se encuentran las de “*Garantizar la correcta y oportuna ejecución de los procesos operativos de la sucursal*”, en relación con la cual se le asignó la función de “*mantenerse informada y actualizada en los diferentes aspectos que incidan directamente en la realización de sus funciones como lo son manuales comunicaciones...*”, igualmente entre otras funciones se le asignaron las de “*Revisar, aprobar y firmar los cheques de gerencia expedidos por la oficina de acuerdo a las políticas del Banco...*”, “*Administrar las claves de acceso al sistema Golf y gestionar las novedades con las claves de emulación*”, “*Estar alerta ante cualquier situación sospechosa que ponga en riesgo... los intereses de los clientes o del Banco, reportando oportunamente sus inquietudes a las*

² Cfr fl 336

³ Cfr fls 115 y ss.



áreas de seguridad del Banco”, “Velar por la confidencialidad de la información de los clientes, previniendo la fuga de información.” entre otras.

Así mismo se recibieron las declaraciones de los señores Germán Antonio Leiton, quien en condición de Gerente de Zona era Jefe directo de la demandante, y de Raúl Ignacio Pedraza, quien para el momento de ocurrencia de los hechos se desempeñaba al interior de la demandada como Líder de Servicios Zonal.

El deponente Germán Antonio Leiton refirió que se tomó la determinación de desvincular a la demandante por su incumplimiento a los procedimientos y normas, pues además de consultar los estados financieros de personas que no eran clientes de su sucursal, permitió la atención a clientes en lugares diferentes a las estipuladas para tal fin como en el caso lo era la caja; dio el visto bueno para el manejo de una operación específicamente con un cliente y dio la autorización para que se generara un cheque de gerencia de un cliente de otra sucursal que dio lugar a la pérdida de la suma de \$290'000.000,00; de otra parte indicó que de acuerdo con los manuales y procedimientos del Banco los cheques de gerencia se expiden con sello de cruce restrictivo de pago a primer beneficiario y que el levantamiento de tal restricción solo se podía realizar por pleno conocimiento del cliente, lo que implica que solo puede ser respecto de clientes de la propia sucursal.

Por su parte el testigo Raúl Ignacio Pedraza, quien en relación con el procedimiento existente en ese entonces para la expedición de cheques de gerencia explicó que el cliente mediante carta solicitaba su expedición con cargo a su cuenta, que el cajero es el encargado de expedirlo pero que siempre se expide con cruce restrictivo de manera que no puede ser cobrado por ventanilla, y que la autorización del levantamiento de la



restricción únicamente podía realizarse a clientes propios bajo el conocimiento comercial por parte del gerente y que en el presente asunto el cliente era de una oficina diferente a aquella en que se autorizó el levantamiento de la referida restricción.

Ahora bien, aun cuando plantea el recurrente que la servidora judicial de primer desconoció el principio de no autoincriminación de origen constitucional, en tanto obligó a la demandante a responder preguntas relacionadas con hechos imputados como delictuosos; sin embargo, la única pregunta a la que la accionante manifestó su deseo de no responder fue la relativa a la consulta de la información del cliente que fue suplantado, y la servidora judicial de primer grado únicamente tuvo en cuenta la respuesta relacionada con el conocimiento que ésta manifestó tener de los manuales y procedimientos existentes al interior de la entidad bancaria; por lo que no resulta de recibo el argumento que en tal sentido expone el recurrente.

De un análisis conjunto de los anteriores medios de convicción, considera la Sala que ningún reproche merece la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado; pues dimana con meridiana claridad el incumplimiento de los procedimientos y funciones que le correspondían a la accionante en condición de Gerente de la sucursal Tintal Milenio, no solo al autorizar el levantamiento del cruce restrictivo del cheque, sino al consultar información de un cliente que pertenecía a otra sucursal y permitir que se le atendiera al margen de los procedimientos establecidos al interior de la entidad bancaria demandada; y tales supuestos se enmarcan en las faltas calificadas como graves en los numerales 9° y 11 de la cláusula novena del contrato de trabajo⁴.

⁴ Cfr fls 108 a 112



En tal sentido la terminación del contrato de trabajo por parte de la demandada se encuentra amparado en la justa causa establecida en el numeral 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965; motivo por el que se confirmará la determinación que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado.

En lo que respecta a la falta de pago de las cesantías, conviene señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 250 del C.S.T. el empleador cuenta con la facultad de abstenerse de efectuar el pago de las cesantías, cuando finalice el contrato de trabajo, entre otras causas, por *“Todo acto delictuoso cometido contra el [empleador]...”* lo que de comprobarse, da lugar incluso a que el trabajador pierda el referido derecho en forma definitiva, tal como lo reconoció la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia del 29 de enero de 2008 dentro del radicado 30977.

Ahora, si bien en la sentencia antes referida el órgano de cierre, indicó que para la retención del auxilio de cesantías no es suficiente la presentación de la denuncia, sino que es preciso la acreditación de la existencia del proceso penal; lo cierto es que, en el presente asunto tal supuesto se acredita con la documental visible a folios 170 a 175 y 185 a 188, en la que se advierte que el Fiscal 287 Seccional presentó escrito de acusación en contra de la demandante, así como el registro de las actuaciones en la página web en la Rama Judicial en la que se advierte que el proceso cursó en el Juzgado 21 Penal del Circuito de Conocimiento.

En las condiciones analizadas, aun cuando en la determinación de primera instancia se tomó como pruebas aspectos puramente penales que no han sido definidos, como lo afirma el recurrente; lo cierto es, que sin que se vulnere el derecho a la presunción de inocencia, la conducta de la demandada de abstenerse de cancelar a la demandante el valor de las cesantías se ajusta a lo que expresamente prevé el artículo 250 del C.S.T. y el criterio jurisprudencial antes expuesto.



Hasta aquí el análisis de la Sala, costas en esta instancia a cargo de la recurrente.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

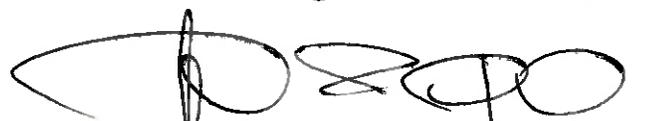
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DISCUSIÓN

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-015-2016-00734-01. Proceso Ordinario de Jhon Jairo Moreno Morales contra Salud Total EPS S.A. y la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos contra a la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada Salud Total EPS S.A. entre el 3 de septiembre de 2007 y el 13 de enero de 2014, en virtud del cual devengó un salario mínimo mensual legal vigente o la suma que pruebe en el proceso; se condene a



las demandadas solidariamente al reconocimiento y pago indexado de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes en salud y pensiones, la sanción por no consignación de cesantías contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, la indemnización moratoria, la diferencia dejada de cancelar por concepto de aportes patronales a pensión y salud, en tanto que no se realizaron sobre la base del último salario devengado.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con la Cooperativa de Trabajo Asociado Taletum y se condene a esta última al reconocimiento y pago de las acreencias laborales antes indicadas.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus súplicas afirmó en esencia que el 4 de junio de 2007 suscribió con la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum convenio contractual asociativo el cual finalizó el 19 de febrero de 2014.

Que en virtud del referido convenio se acordó una remuneración básica ordinaria mensual, denominada compensación básica ordinaria, correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente por los servicios que prestaría como Asesor Profesional en Salud Total EPS S.A.

Afirmó que en la cláusula octava del referido convenio se pactó que por cada afiliación que se hiciera al plan obligatorio de salud recibiría una suma de dinero denominada incentivo o medios de transporte, los cuales no eran tenidos en cuenta para el pago de los aportes en pensión y salud.



Refirió que la CTA Talentum, durante todo el tiempo de trabajo le reconoció un auxilio de ayuda de movilización que era igual al subsidio de transporte, en tanto le era reconocido con los mismos valores.

Adujo que la CTA Talentum entre los años 2007 y 2014 también le reconoció auxilios semestrales, anuales de vejez, medios de transportes, “*totalmente campeones*”, entre otros que nunca fueron tenidos en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales.

Indicó que desde su ingreso a la Cooperativa de Trabajo Asociado fue designado para prestar servicios personales y exclusivos como Asesor Profesional al servicio de Salud Total, cumpliendo un horario de lunes a viernes desde las 7:00 am hasta las 6:00 pm; y que nunca prestó servicios como Asesor Profesional para la CTA Talentum.

Afirmó que el representante legal, algunos de los accionistas mayoritarios y miembros de la Junta Directiva de Salud Total EPS S.A., son socios fundadores de Talentum.

Añadió que entre la CTA Talentum y la CTA Salud Total EPS S.A. se suscribió acuerdo de formalización laboral conforme con lo establecido en los artículos 13 a 17 de la Ley 1610 de 2013, el cual contó con el beneplácito del Viceministro de relaciones laborales del Ministerio del Trabajo y del Coordinador del Grupo Especial de la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control de la misma cartera ministerial.



Una vez notificadas, las demandadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, Salud Total EPS S.A.¹ adujo que el demandante no ha prestado un servicio personal y subordinado en su favor, ni que tampoco sostuvo un vínculo laboral; y que por esa razón no se configura la existencia de la relación laboral que reclama. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó falta de causa sustantiva para la acción, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción, compensación, pago, mala fe del demandante, entre otras.

Mediante providencia del 31 de mayo de 2018 se aceptó el desistimiento de las pretensiones frente a la demanda Taletum Cooperativa de Trabajo Asociado.

Al desatar las pretensiones de la demanda, el servidor judicial de primer grado declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y la demandada Salud Total EPS S.A., y como consecuencia de ello condenó a esta última al reconocimiento y pago de la reliquidación de cesantías, primas de servicios, vacaciones, e intereses a las cesantías; así como al reconocimiento de la sanción por no pago completo de intereses a las cesantías y el pago de aportes en salud y pensiones respecto de los valores dejados de tener en cuenta.

Conclusión a la que arribó al considerar que existió una irregularidad en la intermediación laboral con la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum, por medio de la cual el demandante prestó servicios a la demandada Salud Total EPS S.A.; y que las sumas que esta última reconoció al demandante por concepto de auxilio de transporte sí hacen parte del salario; sin embargo, declaró probada la excepción de

¹ Cfr fls 469 a 499.



prescripción en relación con las suma causadas con anterioridad al 13 de diciembre de 2013 y negó el reconocimiento de la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria al considerar que no era procedente su reconocimiento frente a reliquidaciones.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la parte demandante se opuso a la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado en punto a la prescripción de los derechos laborales reclamados, las acreencias laborales solicitadas, la indemnización moratoria; así como el valor de las costas procesales.

En punto al término prescriptivo consideró que a pesar de que la acción se presentó el 13 de diciembre de 2016, no estarían prescritos los derechos desde el 13 de diciembre de 2013, sino que dicho término se debe descontar a la terminación del servicio o del trabajo, del 13 de enero de 2014, tres años atrás, es decir el 13 de enero de 2011, y no como lo determinó el juez de primer grado.

Aduce que el *aquo* omitió el estudio de la mala fe en punto al reconocimiento de la indemnización moratoria, la que afirma resulta procedente en tanto que se determinó que los valores reconocidos por concepto de medios de transporte y el auxilio totalmente campeones son parte del salario de acuerdo con el artículo 127 del C.S.T.; y añade que sí existió mala fe en tanto se determinó que la cooperativa fue creada por



los mismos dueños de Salud Total, lo que a su juicio significa que se disfrazó la naturaleza de la relación.

En punto a la absolución de las acreencias laborales deprecadas, adujo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte se debe tener en cuenta el tiempo de presentación de la demanda y la mala fe.

En relación con la condena en costas, indicó que el servidor judicial de primer grado indicó que el mismo era proporcional a la liquidación, y que en razón a ello en esta instancia se debe realizar la correspondiente proporcionalidad.

Por su parte el apoderado de la parte demandada solicita se revoque a determinación relativa al reconocimiento de un contrato de trabajo con su representada en tanto que contrario a lo que concluyó el servidor judicial de primer grado, no existió una desnaturalización del convenio de asociación, pues el ejercicio de la Cooperativa fue autónomo desde el momento de la vinculación hasta la terminación y que en virtud de ello era ésta la que organizó todas las funciones que desarrolló el demandante.

Aduce al efecto que la valoración que realizó el servidor judicial fue genérica y citó una jurisprudencia que no era aplicable al asunto; señala en tal sentido que se dejó de tener en cuenta la declaración del propio demandante al absolver interrogatorio de parte ni las declaraciones de los deponentes Henry Ladino y Aida Rueda Ariza.

Sostiene que contrario a lo que concluyó el servidor judicial de primer grado, la oferta comercial presentada por la Cooperativa de Trabajo Asociado sí cumple con los factores establecidos en el Decreto 4588 de



2006, en la medida que la Cooperativa se encargó de la totalidad de un proceso comercial para que los desarrollara de manera autónoma y autogestionaria.

Afirma que si bien el servidor judicial de primer grado consideró que elementos eran de Salud Total, y que era esta la que entregaba los locales, dotaciones entre otros; ello es posible de acuerdo con el Decreto 4588 de 2006, a través de comodatos; pues el artículo 7° del referido conjunto normativo lo que exige es que la Cooperativa debe tener los medios de producción, y que ello puede ser a cualquier título, no necesariamente el dominio del bien. Y que en el asunto lo único se demostró fue que su representada entregó un espacio físico en el que los asesores comerciales desarrollaban su función por necesidad del servicio.

En torno a la exclusividad que afirma es reprochada por el *aquo*, aduce que se dio una mala interpretación a la cláusula correspondiente, porque la exclusividad se refiere al horario de trabajo, de manera que no se puede prestar servicio a terceros durante su jornada de labores; y que además se acreditó la realización de otras gestiones que no eran para Salud Total como lo era el caso del “*Más Pos*” que era de Liberty Seguros.

En caso de que no se revoque la determinación relativa a la existencia de la relación laboral, solicitó se tenga en cuenta que los valores entregados al demandante por concepto de medios de transporte, tenían por objeto el mejor desempeño de sus funciones a sus labores y por ende no hacían parte del salario.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes.



CONSIDERACIONES:

En los términos del recurso de apelación y en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S²., si entre el demandante y la sociedad Salud Total EPS S.A. existió una relación de carácter laboral y de ser así, si las sumas que el accionante percibió como medios de transporte tenían una connotación salarial y si es procedente el reconocimiento de las acreencias laborales reclamadas, así como la indemnización moratoria.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión en esta instancia que el demandante se vinculó con la demandada Talentum a partir del 3 de septiembre de 2007 como trabajador asociado en virtud de la suscripción de contrato denominado “*COMPROMISO CONTRACTUAL ASOCIATIVO*”, para prestar servicios como Asesor de Ventas en Salud Total EPS; ni que dicho vínculo se prolongó hasta el 13 de enero de 2014; supuestos que por demás se determinan con la documental visible a folios 408 a 409, 579, 756 y 780 a 789, contentiva del referido contrato, certificación expedida por la demandada Talentum Cooperativa de Trabajo Asociado, el acta de terminación de mutuo consentimiento y la liquidación del convenio de asociación.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, corresponde indicar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, 3 elementos se requieren para concluir la existencia del contrato de trabajo, a saber: la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el

² Adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001.



empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor, inmerso en otro tipo de relaciones.

Condiciones que varían sustancialmente de las que se presentan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus asociados, pues de conformidad con lo estatuido en el artículos 3° y 4° de la Ley 79 de 1988, el acuerdo cooperativo es un contrato que se celebra por un número plural de personas con el objetivo de crear una persona jurídica de derecho privado denominada Cooperativa, en la que los cooperados son simultáneamente aportantes y gestores de la empresa, de forma tal que se encuentran ubicados en un plano horizontal en el que no es posible, hablar de empleadores por un lado y de trabajadores por el otro; de allí que tampoco sea dable considerar relaciones de dependencia o subordinación en la ejecución del objeto de la cooperativa.

Advertido lo anterior, dada la oposición en lo que respecta a la naturaleza del vínculo, corresponde dilucidar si del material probatorio recaudado se establece una verdadera relación de trabajo regida por un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada Salud Total EPS, dando alcance para el efecto al principio constitucional de la primacía de la realidad contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

Para lo cual, a juicio de la Sala, no basta con que se acredite la vinculación del demandante al ente cooperado como asociado, pues lo que resulta realmente determinante, conforme lo dispone la norma constitucional, es establecer la forma en que se desarrolla esa relación;



pues en realidad existen algunos casos, que se presentan formalmente como relaciones cooperativas, pero esconden en realidad una relación de estirpe laboral.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso de estudio, considera la Sala, de un análisis sereno y conjunto del material probatorio adosado al proceso, que el vínculo que rigió la relación entre las partes fue en realidad de carácter laboral tal como lo concluyó el servidor judicial de primer grado.

En efecto, advierte la Sala en primer término que aun cuando el demandante estuvo vinculado a la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum por espacio de más de 6 años, no se advierte la existencia por parte suya de algún acto que denote la existencia de su condición de socio; pues al respecto tan solo se cuenta con la solicitud de vinculación a la Cooperativa suscrita por el accionante y el denominado “*Compromiso Contractual Asociativo*”; documentos que, tal como se indicó, resultan insuficientes para acreditar que en realidad el demandante ostentó la condición de verdadero socio al interior del referido ente cooperado, ello en tanto no reflejan la forma en cómo se ejecutó el vínculo.

El mismo sentido observa la Sala que los deponentes Rober Frey García y John Jairo Jiménez, quienes ostentaron la condición de compañeros de trabajo del demandante, refirieron, no solo que los servicios era prestados en las instalaciones de la demandada Salud Total EPS, sino que además eran capacitados acerca de temas propios del sistema de salud por personal que se identificaba como funcionarios de dicha entidad y en sus instalaciones, y ante el público en general se anunciaban como Asesores de Salud Total.



Ahora, si bien los deponentes Aida Rueda Ariza y Henry Ladino Díaz, quien respectivamente ostentaron la condición de Directora Administrativa y de Finanzas y Representante legal de la CTA Talentum, indicaron en esencia en similar sentido que la CTA fue quien se encargó del proceso comercial de Salud Total EPS y que el demandante prestó servicios a favor de la aquella en virtud de la suscripción del Compromiso Contractual Asociativo; no puede pasar desapercibido que en la propia oferta mercantil se advierte elementos que permiten establecer que Salud Total EPS reservó para sí la posibilidad de controlar la operación y de disponer de la fuerza de trabajo de quienes se vinculaban como asociados.

En efecto, no puede pasar desapercibido el hecho de que en la cláusula primera de la referida oferta mercantil³, se señala Salud Total EPS efectuó la entrega el desarrollo de su objeto a la CTA Talentum desde la parte promocional o de afiliaciones, que corresponde a la proceso comercial en el que prestó servicios el demandante, hasta la parte asistencial y operativa consistente en la prestación de los servicios de salud; sin embargo, en la cláusula octava se obliga a “*dar, suministrar los elementos, insumos, equipos dotación necesaria y reglamentaria de las diferentes áreas de trabajo...*”, y se reservó la posibilidad de solicitar sustitución de trabajadores asociados en los eventos en que no cumplan con los estándares de servicios, atención e idoneidad; circunstancias de las que a juicio de la Sala dimana con meridiana claridad, que en el referido acuerdo se conservó a favor de Salud Total EPS entre otras la gestión de los servicios prestados por el accionante.

En las condiciones analizadas, ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado al declarar

³ Cfr fls 44 a 58



la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la demandada Salud Total EPS S.A.

CARÁCTER SALARIAL – MEDIOS DE TRANSPORTE

Dilucidado lo anterior, y por razones de orden metodológico, corresponde determinar si resulta procedente o no el análisis del aspecto relativo a la connotación salarial de los pagos que se efectuaron a favor del demandante por concepto de medios de transporte.

Al respecto, considera la Sala oportuno indicar que en relación con los pagos que constituyen o no salario, el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo establece que lo serán de forma genérica todos aquellos cuya finalidad sea la remuneración directa al trabajador por el servicio prestado en la ejecución del contrato laboral, sin importar la denominación contractual que se le dé.

De otra parte, el artículo 128 *ibidem* ha establecido una consecuencia jurídica diametralmente diversa frente a aquellos pagos que son ocasionales y por mera liberalidad del empleador y cuyo objeto es diferente a la retribución directa del servicio o su finalidad sea para el desempeño de sus funciones; pagos que el Legislador expresamente previó, no hacían parte del salario.

Ahora; dado que la determinación de si un pago constituye o no factor de salario cuando las partes libremente no le han dado esa connotación no es pacífica, pues es indiscutible que la causa de los mismos siempre va ser la existencia del contrato de trabajo y la prestación personal del servicio; de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de la Justicia



Laboral entre otras, en sentencia del 7 de febrero de 2006 con radicado 25.734, corresponde tener en cuenta la fin u objeto de cada pago.

Sentando las anteriores premisas al caso objeto de estudio, advierte la Sala que el denominado “*Compromiso Contractual Asociativo*”⁴ mediante el que se vinculó el accionante con la Cooperativa de Trabajo Asociado, se advierte que la cláusula octava se acordó el reconocimiento en favor del accionante de los incentivos o gastos de administración, “...*correspondiente a los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos para diligencias formularios, para entrega de carnets...*”

De acuerdo con la anterior definición, en principio podría considerarse que atendiendo la finalidad antes referida los pagos que se realizaron por concepto de medios de transporte no hacía parte del salario, pues su propósito era la de facilitar el desplazamiento del accionante; pese a lo anterior, advierte la Sala que tal finalidad quedó desdibujada con las condiciones que se establecieron en la misma cláusula para su reconocimiento; pues además de requerirse para su causación, el pago efectivo de la cotización, se obligó al accionante a devolver la suma recibida en caso de que el usuario fuera reportado como multiafiliado por el FOSYGA y se estableció una tabla de pagos de acuerdo con un rango de afiliaciones; circunstancias que a juicio de la Sala permiten establecer que en realidad el referido pago tenía por objeto remunerar la actividad realizada por el demandante en forma similar a como opera el pago de comisiones.

En tal sentido, a juicio de la Sala, las condiciones establecidas para el reconocimiento de los referidos incentivos o medios de transporte,

⁴ Cfr fls 780 a 789.



desdibujan la finalidad que quedó consignada en la parte inicial de la referida cláusula, en tanto que su reconocimiento se sujetó al número de afiliaciones efectivas que realizara el accionante, más no así a la cantidad de desplazamientos que tuviera que realizar con tal propósito.

Acorde con lo anterior resulta procedente condenar a la demandada al pago de las diferencias reclamadas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio y aportes al sistema de seguridad social en pensiones; tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado.

PRIMAS DE SERVICIOS – CESANTÍAS – INTERESES A LAS CESANTÍAS - VACACIONES

Reclama el apoderado del demandante el reconocimiento de las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, que se causaron respecto de la totalidad del vínculo laboral deprecado; para lo cual solicita se tenga en cuenta el tiempo de presentación de la demandada y que la demandada obró de mala fe.

Al respecto basta a la Sala señalar que en tanto en el asunto bajo estudio no se discutió de forma alguna que la Cooperativa de Trabajo Asociado efectivamente realizó los referidos pagos bajo una denominación diferente; ningún reproche merece la determinación acogida por el *aquo*, pues no puede pretender la parte actora que por una misma prestación del servicio, bajo las mismas condiciones de subordinación y dependencia, se admita el pago doble de acreencias laborales, cuando no encuentren demostradas las figuras de concurrencia o coexistencia de contratos, ya que en efecto se estaría propiciando un enriquecimiento sin justa causa por parte del demandante.



EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Aduce el apoderado de la parte actora que erró el servidor judicial de primer grado al declarar probado este medio exceptivo en relación con los derechos que se causaron antes del el 13 de diciembre de 2013, pues a su juicio los 3 años del término prescriptivo se debe descontar desde la terminación del contrato y que en razón a ello, debe declararse en relación con los derechos causados antes del 13 de enero de 2011.

Al respecto advierte la Sala que del tenor literal del artículo 488 del C.S.T. los derechos laborales prescriben en un término de tres años, los cuales comienzan a contabilizarse a partir del momento en que se hacen exigibles pero puede ser interrumpido por una sola vez con la reclamación escrita que presente el trabajador a su empleador. Establece la referida disposición:

"Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto." (Resalta la Sala)

Y en similar sentido el artículo 151 del C.P.T. y S.S. prevé:

Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual. (Resalta la Sala)

En tal sentido, no resulta de recibo el planteamiento elevado por el apoderado de la parte actora, pues conforme con lo establecido en los artículos 186 y 187 que hacen referencia a las vacaciones, los artículos 306 y 307 sobre las primas de servicios y la Ley 52 de 1975 que contiene los intereses a las cesantías; existen derechos que se causan en ejecución del propio contrato de trabajo, y no hasta su finalización como se plantea;



motivo por el que se confirmará la decisión adoptada por el servidor judicial de primer grado.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Al respecto, corresponde tener en cuenta que de antaño jurisprudencialmente se ha dejado sentado que las sanciones que se impongan al empleador como consecuencia del no pago de prestaciones sociales y salarios, como lo es la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST, no es de aplicación automática e inexorable ante el incumplimiento por parte del empleador, pues el servidor judicial debe analizar la conducta de éste para determinar si hubo buena o mala fe.

En este sentido, entre innumerables decisiones de la máxima Corporación de la justicia laboral, especialmente en fallo del 8 de julio de 2008, la Corporación indicó en esencia que deberá en cada caso el Juez observar y calificar la buena o mala fe de su actuación ya que su aplicación no es automática, se deberá analizar los motivos que indujeron al empleador a omitir el pago, total o parcial, de los salarios y prestaciones del trabajador, a la terminación del contrato de trabajo, pues de estar aquellos justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador, y que se obró con buena fe, no procede la aplicación de la sanción contemplada en dicha norma.

Ahora bien, del entendimiento dado por el máximo órgano de decisión en lo laboral no se desprende que hubiere estimado que la norma legal establece una presunción de buena fe del empleador, sino que, como lo expresó claramente, habría que observarse y calificar la conducta de éste, lo que de por sí, descarta cualquier presunción en su favor, y aunque la



norma no establece tampoco una presunción de mala fe, una vez calificada su conducta como de aquella naturaleza es en cabeza de este en quien corre con la carga de la prueba y debe demostrar que su omisión en el pago, obedeció a causas atendibles que le impidieron cumplir oportunamente. Carga que, de no cumplirse, se resuelve desfavorablemente para quien la soporta, conforme se desprende del artículo 167 del C.G.P

En el asunto, advierte la Sala que a la finalización del contrato quedó pendiente el pago de algunas diferencias por concepto de cesantías e intereses a las cesantías, falta de pago que devino del ocultamiento de la verdadera relación laboral con la que el accionante prestaba servicios a la demandada, quien pretendió ocultar su verdadera condición de empleadora, y de esta manera desconocer algunos de los derechos laborales del actor; de manera que contrario a lo que consideró el juez de primer grado, sí resulta procedente el reconocimiento y pago de la sanción solicitada.

Con tal propósito, de acuerdo con la tesis mayoritaria de la Sala, y de la cual se separa respetuosamente la ponente, resulta procedente únicamente el reconocimiento de intereses de mora sobre las sumas adeudadas, en tanto que la demanda se presentó pasados 24 meses después de la terminación del vínculo.

Criterio que no comparte la ponente, quien considera que el entendimiento que debe darse a la sentencia C-781 de 2003, es el reconocimiento de la indemnización moratoria se debe extender en forma indefinida a razón de un día de salario por cada día de mora hasta la fecha en que se produzca el correspondiente pago siempre que demande dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del vínculo, pues solo en caso contrario, esto es,



cuando el trabajador inicia la acción judicial pasados esos 24 meses, a partir del de la iniciación del mes 25 y hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente, el empleador deberá reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

COSTAS

En tanto se cuestiona el monto que por este concepto fijó el servidor judicial de primer grado, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P. no es esta la oportunidad procesal para discutir dicho aspecto, la Sala se abstendrá de resolver los motivos de inconformidad señalados.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a la demandada del reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, para en su lugar, **CONDENARLA** por dicho concepto al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de



libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas adeudadas por concepto de cesantías y primas de servicios, desde el momento de la terminación del contrato y hasta la fecha en que se produzca el pago correspondiente.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 013 2020 00222 01. Proceso Ordinario Sandra Patricia Poveda Rojas contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad por ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con los fondos privados Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y que en virtud a ello su afiliación al régimen de prima media con prestación definida permaneció incólume; se ordene a Colpensiones inscribirla sin solución de continuidad en el régimen



de prima media con prestación definida y se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás dineros que aportó durante el tiempo que estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que en agosto de 1999 Colpatria Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. concurrió por medio de sus asesores a su lugar de trabajo con el objeto de trasladarla al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indicó que el asesor de la AFP Colpatria que promovió su traslado con contaba con formación profesional en el régimen general de seguridad social en pensiones y tampoco conocía su real situación pensional.

Refirió que el asesor de la AFP Colpatria no le informó ningún aspecto general ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional en el régimen de prima media con prestación definida, al que se encontraba afiliada desde el ciclo de enero de 1985, ni tuvo en cuenta que no contaba con el perfil financiero para acumular en su cuenta de ahorro individual el capital equivalente al 110% del salario mínimo mensual legal vigente que se exige para una pensión de salario mínimo.

Señaló que el referido asesor no le informó acerca de los riesgos de trasladarse al régimen de ahorro individual y que por el contrario para persuadirla enfatizó que Instituto de Seguros Sociales resulta un sistema inviable.

Adujo que sin recibir la información pensional correspondiente en noviembre de 2014 se trasladó la AFP Colfondos S.A. cuando se encontraba incurso en la imposibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida.



Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda oportunamente. Colpensiones¹ indicó que si bien carece de legitimación para pronunciarse en relación con la pretensión relativa a la declaratoria de nulidad de la afiliación al haber tenido injerencia en dicho acto, lo cierto es que la demandante se encuentra incurso en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y que si bien la afiliación al sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria, estas condiciones se presumen con la suscripción del formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.² sostuvo que el traslado de régimen pensional del demandante fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, así como del funcionamiento del RAIS, circunstancia que a su juicio se desprende de la solicitud de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Por su parte Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías sostuvo en esencia que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Financiera, acto que su juicio se vio ratificado por la demandante con la afiliación al fondo por ella administrado. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, ausencia de vicios del consentimiento, compensación y pago, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a través de la AFP Colpatria S.A., hoy Porvenir

¹ Cfr fls 115 y s.s. archivo "003- Cuaderno III"

² Cfr fls 96 s.s. archivo ibidem



S.A. el 1° de octubre de 1998 y como consecuencia de ello la condenó, junto con la AFP Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; y condenó a Colpensiones a tener a la demandante como su afiliada actualizar su historia laboral y recibir los dineros antes indicados.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones aduce en esencia que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se produjo por voluntad propia, sin que hubiere sido coaccionada.

Aduce que no existe razón por las cuales declarar la ineficacia de traslado pues la demandante en su momento conoció todas las consecuencias o desventajas que acarrearía estar en uno y otro régimen de pensiones; y que además se advierte que la motivación de la solicitud de ineficacia es meramente económica y que además el término de 10 años establecidos en la ley para realizar el traslado se encuentra vencido.

Agrega en similar sentido que la determinación adoptada va en contra del principio de sostenibilidad financiera y que este representa una garantía fundamental a las pensiones de los demás afiliados

Finalmente señala frente a la condena en costas que su representada no hizo parte de la decisión de la demandante de trasladarse de régimen.



Por su parte el apoderado de Provenir S.A. indica que la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia aplicada por la servidora judicial de primer grado, es contraria al criterio jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016 frente a la inversión de la carga de la prueba; y que en estos casos de acuerdo con lo indicado en la sentencia C-611 de 2011 se debe preferir el criterio sentado por la Corte Constitucional.

Afirma en el mismo sentido que se está exigiendo a su representada una doble o triple carga probatoria, cuando la prueba del deber de información es el formulario de afiliación, que era el único requisito que se exigía para la validez de dicho negocio jurídico, pues si bien inicialmente se les exigió el deber de información, no se previó que tuviera que quedar registro de ello

Finalmente aduce que el juez laboral no es competente para pronunciarse acerca de la posibilidad de retornar los gastos de administración, pues ese es un tema de carácter mercantil.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.



CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente, clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue

³ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que contrario a lo que plantean los recurrentes, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional.

Y es que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las administradoras de fondos de pensiones, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que tienen el deber de

solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".



demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

Se agrega a lo anterior que a juicio de la Sala el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Es importante advertir que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida; de manera que no se advierte contradicción alguna en este criterio frente al sentado por la Corte Constitucional como lo plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A.. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa, comprensible y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía



acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tienen asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por Colpensiones enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se



explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a la AFP Colfondos S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, así mismo la AFP Porvenir, tiene la obligación de trasladar las sumas que recibieron por gastos de administración, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

Se precisa en este punto que no resulta de recibo el argumento que expone el apoderado de la AFP Porvenir S.A. relativo a la falta de competencia del juez laboral para pronunciarse en relación con la devolución de los gastos de administración, pues como se advirtió, tal orden deviene es de la propia declaratoria de la ineficacia del traslado; más no del incumplimiento de algún precepto de carácter mercantil como lo plantea el referido recurrente.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, tampoco es procedente declarar la prosperidad del referido medio exceptivo en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Finalmente, en punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los casos de ineficacia además de



ordenarse el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva <<SL-2059 de 2022>>.

Frente a este punto, debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que igualmente se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.– **ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 013 2020 00222 01. Proceso Ordinario Sandra Patricia Poveda Rojas contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

derecho pensional a la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solo voto por el*