



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 ERIKA ELENA MARÍA FERNÁNDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta administradora, respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche revisa la Corporación el fallo de fecha 15 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó la nulidad de su afiliación al RAIS en mayo de 1994 a través de COLFONDOS S.A., en consecuencia, se ordene a la AFP remitir a COLPENSIONES todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos, intereses y, rendimientos causados; la Administradora del RPM debe recibirla como afiliada sin solución de continuidad; costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que estuvo afiliada al ISS de 01 de diciembre de 1984 a 30 de junio de 1988 (sic), cotizando 479 semanas; en mayo de 1994 cuando laboraba para Norma Comunicaciones S.A., los asesores de COLFONDOS S.A. ofrecieron los servicios de la AFP asegurando que el ISS se acabaría, perdería lo cotizado hasta el momento, mientras en el fondo tendría mayores rendimientos, por ello, se trasladó al RAIS; sin embargo, no le informaron el derecho de retracto; para agosto de 2019 acumulaba 1253 semanas de aportes al Sistema General de Pensiones; solicitó a COLPENSIONES y a COLFONDOS declarar la nulidad del traslado del RPM al RAIS, pedimentos resueltos de forma negativa por las administradoras accionadas; COLFONDOS S.A., elaboró simulación pensional que arrojó a los 57 años de edad una mesada de \$1'359.882.00, mientras que en simulación proyectada en el RPM sería de \$2'619.954.00¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Folios 1 a 19.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, COLFONDOS S.A. se allanó a la pretensión de nulidad del traslado, pero, se opuso a los demás pedimentos, en cuanto a los hechos aceptó la solicitud de nulidad presentada por la actora y su respuesta negativa. No propuso excepciones².

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó los pedimentos y, negó e indicó que no le constaban los hechos del *libelo incoatorio*. Presentó las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad 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, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Erika Elena María Fernández al RAIS administrado por la COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, en consecuencia, ordenó a la AFP remitir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos

² CD Folio 50 Archivo digital Contestación COLFONDOS.

³ CD Folio 50 Archivo digital Contestación COLPENSIONES.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 023 2020 00181 01
Ord. Erika María Vs. Colfondos S.A. y otra.

pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos causados, sin descuento por administración ni por cualquier otro concepto, valores que debe cancelar debidamente indexados de la fecha de causación a la de pago; dispuso que María Fernández para efectos pensionales se encuentra afiliada al RPM; declaró no probadas las excepciones propuestas; sin condena en costas⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁵.

COLFONDOS S.A. en resumen expuso, que no es dable devolver los gastos de administración y los gastos de aseguradora, por cuanto fueron descontados por mandato legal, los primeros corresponden a la compensación de la gestión realizada por la AFP que generó rendimientos en la cuenta individual de la actora y, los segundos fueron deducidos por la aseguradora, existiendo un detrimento patrimonial del fondo.

COLPENSIONES en suma arguyó, que no existe vicio de consentimiento, la actora no tenía una expectativa pensional legítima, se encuentra inmersa en la prohibición del traslado contenido en la Ley 100

⁴ CD y acta de audiencia, 44 a 47.

⁵ CD Folio 47.



de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, no se probó información equivocada entregada por el fondo, en tanto, a la fecha del traslado no existían requisitos más allá del formulario de la afiliación; la motivación real de la demandante es la diferencia de valor en la mesada pensional, situación que no configura engaño por parte de la AFP.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Erika Elena María Fernández estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 01 de diciembre de 1984 a 31 de mayo de 1994 aportando 479.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de los empleadores Aservin Ltda. y, Carvajal S.A.; el 03 de mayo de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. efectivo a partir de 01 de junio siguiente; situaciones fácticas que se infieren del formulario de traslado⁶, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁷, la historia laboral y el reporte de estado de cuenta, expedidos por COLFONDOS⁸; los reportes de semanas cotizadas emitidos por la Administradora Pública⁹; así como de la historia laboral para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁰.

Erika Elena María Fernández nació el 25 de octubre de 1964, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹¹.

⁶ CD Folio 22. Archivo digital PRUEBAS Pg. 113 y, CD Folio 50 Archivo digital Contestación COLFONDOS Pg.8.

⁷ CD Folio 50. Archivo digital Contestación COLFONDOS Pg.6.

⁸ CD Folio 50. Archivo digital Contestación COLFONDOS Pg.9 a 17. y, CD Folio 22 archivo digital PRUEBAS Pg.83 a 91.

⁹ CD Folio 22. Archivo digital PRUEBAS Pg.92 a 95.

¹⁰ CD Folio 22 Archivo digital PRUEBAS Pg.114 a 116.

¹¹ CD Folio 22 Archivo digital PRUEBAS Pg.77



El día 03 de junio de 2020 la demandante solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado y el retorno al RPM¹², negada con respuesta del siguiente día 12, porque, la afiliación había sido realizada en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen, asimismo le faltaban menos de 10 años de edad para tener derecho a la pensión, situaciones que impedían activar la afiliación al RPM¹³; en el mismo sentido presentó solicitud a COLFONDOS S.A.¹⁴, negada el 17 de julio de 2020, ya que, la vinculación de la actora materializó su voluntad de elegir administradora y régimen pensional, además suscribió el formulario aceptando las condiciones generales del RAIS¹⁵.

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.

NULIDAD 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

¹² CD Folio 22 Archivo digital PRUEBAS Pg.117 a 122.

¹³ CD Folio 22 Archivo digital PRUEBAS Pg.123 A 125.

¹⁴ CD Folio 22 Archivo digital PRUEBAS Pg.96 a 102.

¹⁵ CD Folio 22 Archivo digital PRUEBAS Pg.109 a 112.



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 COLFONDOS S.A.¹⁶ y; (ii) proyección de liquidación pensión Ley 797 de 2003 efectuada por la actora¹⁷. También se recibió el interrogatorio de parte de Erika Elena María Fernández¹⁸.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 03 de mayo de 1994, se lee¹⁹:

“Declaro bajo juramento que realizo en forma voluntaria, libre y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad y, a su vez la compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. COLFONDOS, para que sea la única entidad 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 COLFONDOS 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.

¹⁶ CD Folio 22. Archivo digital PRUEBAS Pg. 6 a 76

¹⁷ CD Folio 22. Archivo digital PRUEBAS Pg. 127 a 129

¹⁸ CD folio 68, min. 00:08:20 Dijo ser de profesión Administradora de Empresas; en 1995 estaba en la empresa Carvajal S.A. como representante de ventas, la oficina de Recursos Humanos citó a los trabajadores para recibir información de COLFONDOS, les sugirieron que no continuaran cotizando con el ISS porque había malos manejos por corrupción, que era mejor que se trasladaran al fondo privado, pues, se generarían unos rendimientos que ayudarían a la pensión hacia futuro; no le indicaron cómo se pensionaba en uno u otro régimen, tampoco le informaron que la pensión podía ser anticipada; se siente engañada, porque, no hubo la información adecuada.

¹⁹ CD Folio 22. Archivo digital PRUEBAS Pg. 113 y, CD Folio 50 Archivo digital Contestación COLFONDOS Pg.8.



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 ordinaria²⁰; 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**”²¹.

Es que, recaía en COLFONDOS 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.

²⁰CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²¹CSJ, 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 comprensible²².

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

²² CSJ, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



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, en este orden, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías debe remitir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Erika Elena María Fernández, 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 los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades de los fondos, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²³, en este orden, se confirmará el fallo de primer grado.

²³ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.



Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibirlos y actualizar la historia laboral, 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 pensión²⁴, 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

²⁴ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



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 Administradora de Empresas de la accionante no eximía a la AFP 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 practicables²⁵, 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

²⁵CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 023 2020 00181 01
Ord. Erika María V. Colfondos S.A. y otra.

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.** Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión impugnada y 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,

RESUELVE

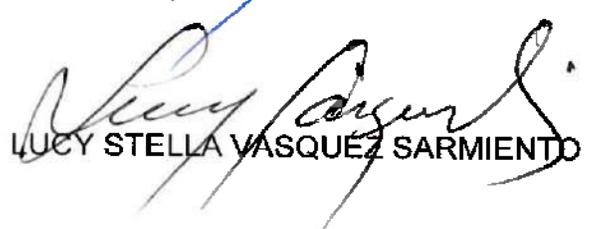
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

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

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MAURICIO LUGO DUARTE
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 PROTECCIÓN 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 25 de noviembre de



2020, proferido por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó nulidad del acta o formulario de afiliación de traslado al RAIS a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se declare vigente su afiliación al RPM, se ordene a la AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y, rendimientos causados; COLPENSIONES debe recibirlos; costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 07 de febrero de 1955; ha laborado para empleadores del sector privado y el 01 de julio de 1985 se afilió al Instituto de Seguros Sociales – ISS, con el empleador Lugo Hermanos Ltda.; en julio de 2002, fue abordado por el asesor comercial de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., quien lo convenció de trasladarse al RAIS a través de esa AFP bajo argumentos que generaron falsas expectativas en cuanto a su derecho pensional, pues, le indicó que tendría una cuenta individual, construyendo su capital con rendimientos y aportes voluntarios, con la cual podría obtener una pensión sin importar la edad definida por la ley, que el ISS no era viable y estaba a punto de quebrar. Es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; solicitó informe a la AFP acerca de la situación pensional sin obtener información veraz y real, le indicó que el capital ahorrado no alcanzaba para cubrir la pensión de vejez, ni para el 50% de la pensión que le



podría corresponder por COLPENSIONES; en tal sentido dirigió nota a la AFP sin respuesta; no fue informado de manera suficiente sobre las consecuencias del traslado; agotó la reclamación administrativa¹.

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 fecha de nacimiento del demandante, las cotizaciones al ISS y, que agotó la reclamación administrativa. En su defensa propuso las excepciones de improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y, genérica².

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas indicó respecto de unos que no le constaban y de otros que no eran ciertos. Presentó las excepciones de validez de la afiliación a ING hoy PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Folios 3 a 13 y, 468 a 478.

² Folios 511 a 525.

³ Folios 485 a 493.



El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de Mauricio Lugo Duarte efectuada el 02 de diciembre de 2002 su afiliación a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., que el demandante se encuentra afiliado de manera efectiva al RPM, en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A., remitir a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de Lugo Duarte con sus intereses, rendimientos y cuotas de administración; la Administradora del RPM debe recibirlos y, reactivar la afiliación, PROTECCIÓN S.A. debe pagar de ser el caso, las diferencias que resulten entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, que serán asumidas a cargo de propio patrimonio, conminó a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias para obtener el pago de tales sumas si a ello hubiese lugar; declaró no probadas las excepciones e; impuso costas a las demandadas⁴.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁵.

PROTECCIÓN S.A. en resumen expuso, que el actor confesó claramente que fueron informadas todas las características propias del régimen al cual estaba accediendo, entre ellas, la financiación de la pensión; el requisito de comparar los regímenes no era legal ni jurisprudencial al momento de la afiliación, en todo caso el actor

⁴ CD y acta de audiencia, folios 557 a 558 y, 561.

⁵ CD Folio 561.



confesó cómo funcionaba el RAIS y el RPM; no se probó el perjuicio generado por estar en un régimen u otro; se debe estudiar el caso particular, por cuanto posteriormente a la afiliación el actor entendió el régimen al que estaba afiliado, por tanto, se dio su aceptación conforme la Sentencia SL 1752 de 2020; no hubo congruencia, porque, se facultó a COLPENSIONES a recobrar las diferencias entre lo ahorrado y su equivalente, sin que ello fuera objeto de litigio; la AFP no creó las características del RAIS.

COLPENSIONES en suma arguyó, que el actor conocía las características del régimen de ahorro individual, se hizo una errónea interpretación del artículo 1604 del C.C., en cuanto a la responsabilidad del deudor, pues se desconocieron los deberes a cargo del demandante como consumidor financiero; el actor no demostró el perjuicio que se le ocasionó el traslado de régimen; el silencio que guardó el demandante en el transcurso del tiempo, demuestra su decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado conforme el Decreto 2241 del 2010; no se probó fuerza que viciara el consentimiento; la decisión afecta su estabilidad financiera; de confirmarse la decisión, se debe autorizar a COLPENSIONES a obtener por las vías judiciales los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional del demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA



Se encuentra acreditado dentro del proceso que, Mauricio Lugo Duarte estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social - ISS de 12 de julio de 1985 a 31 de diciembre de 2002, aportando 895.71 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través del empleador Lugo Hermanos Ltda.; el 04 de diciembre de 2002 solicitó su traslado al RAIS administrado inicialmente por SANTANDER, entidad que fue adquirida por ING Pensiones y Cesantías y, luego fusionada con PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir del 01 de febrero de 2003; situaciones fácticas que se infieren del formulario de entrada del trabajador al ISS⁶, el reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES⁷, la historia laboral expedida por la AFP⁸, el formulario de vinculación al fondo privado SANTANDER⁹, el certificado de traslado a otro fondo expedido por COLPENSIONES¹⁰ y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹¹.

Lugo Duarte nació el 07 de febrero de 1955, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹².

El 12 de septiembre de 2016, el accionante solicitó a COLPENSIONES el retorno al RPM, negado con oficio del siguiente día 28, bajo el argumento que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones requeridos por la Sentencia SU - 062 de 2010¹³.

⁶ Folio 14

⁷ Folio 528 a 533.

⁸ Folios 500 a 504.

⁹ Folio 495.

¹⁰ Folio 527.

¹¹ Folio 494.

¹² Folio 13.

¹³ CD Folio 526.



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, lo expuesto en las alegaciones recibidas.

NULIDAD 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) tarjeta del ISS de comprobación de derechos con número patronal¹⁴; (ii) planillas de autoliquidación de aportes a seguridad social del empleador Lugo Hermanos S.A.¹⁵; (iii) planillas de liquidación de aportes pensionales emitidas por pensiones y cesantías SANTANDER¹⁶; (iv) planillas de autoliquidación mensual de aportes al ISS del empleador Lugo Hermanos S.A.¹⁷; (v) misiva de Mauricio Lugo Duarte a la AFP PROTECCIÓN S.A., solicitando copia del expediente administrativo e información del capital acumulado y, proyección del monto pensional, con

¹⁴ Folio 15.

¹⁵ Folios 16 a 132.

¹⁶ Folios 133 a 232.

¹⁷ Folios 233 a 461.



sello de cotejo de Interrapidísimo de 18 de noviembre de 2015 y certificación de entrega de correspondencia¹⁸; (vi) formulario de “vinculación inicial” de Pensiones y Cesantías de Mauricio Lugo Duarte a SANTANDER con sello de 15 de septiembre de 2005¹⁹; (vii) formulario de ING de reporte de novedades con fecha 16 de noviembre de 2012²⁰; (viii) formulario de PROTECCIÓN S.A., denominado “*histórico de asesorías realizadas al afiliado*”, de 20 de enero de 2014²¹; (ix) comunicado de prensa en el diario El Tiempo²²; (x) CD expediente administrativo²³ y; (xi) certificado de existencia y representación legal de PROTECCIÓN S.A.²⁴.

También, se recibieron los interrogatorios de parte de la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A.²⁵ y, de Mauricio Lugo Duarte²⁶.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 04 de diciembre de 2002, se lee²⁷:

“De acuerdo con el Decreto 892 de 1994 Artículo 11 hago constar que la selección del régimen de ahorro individual la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, manifiesto que he elegido a Pensiones y Cesantías Santander para que administre mis aportes pensionales y que los

¹⁸ Folio 462.

¹⁹ Folio 496.

²⁰ Folio 498.

²¹ Folio 499.

²² Folios 505 a 507

²³ CD expediente administrativo, folio 526.

²⁴ Folios 484.

²⁵ CD Folio 561, min. 00:19:25 Señaló que el monto de la posible mesada pensional está sujeta a variables que no le permiten dar una información concreta de cuanto sería a ese momento, por cuanto se requiere información del demandante para determinarla; se le indicó al actor que el régimen depende de un sistema de capitalización y sus fundamentos; dentro de la información que deben suministrar los asesores está la de indicar en qué consistía un sistema de reparto en el RPM, así como la posibilidad de retornar a COLPENSIONES; no se le informó al actor el comparativo pensional dado que la fecha de afiliación, 2002, no existía la obligación de hacer el mismo, pues la ley que la obliga es del 2014; se le informó al actor las características del régimen al cual estaba accediendo.

²⁶ CD folio 561, Minuto 11:31. Es comerciante. En 2000, por sugerencia de una amistad realizó el cambio al fondo privado, también por la información recibida que el Seguro Social se iba acabar; sin ningún conocimiento hizo el traslado, la AFP no le explicó cómo iba a quedar su situación ante la decisión de traslado; estaba en su oficina en Bogotá; la asesora del fondo Santander era la esposa de un amigo, le informó que iba a tener una cuenta individual, le indicó que la pensión iba ser producto de lo que ahorrara en la cuenta individual y los rendimientos; no le informó acerca del capital mínimo requerido para tener derecho a la pensión; que podía hacer aportes voluntarios, por lo cual abrió una cuenta para eso; no realizó preguntas a la asesora del fondo.

²⁷ Folio 495.



datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Autorizo a Pensiones y Cesantías SANTANDER para que tramite a mi nombre la emisión de mi bono pensional”.

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que SANTANDER hoy PROTECCIÓN 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, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁸; 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**”²⁹.

Es que, recaía en SANTANDER hoy PROTECCIÓN 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

²⁸CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁹CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



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 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 comprensible³⁰.

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 ineficacia de traslado del accionante, en este orden, PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Lugo Duarte, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado destinados a financiar su eventual prestación de vejez, también debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades del fondo,

³⁰ CSJ, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³¹, en este orden, se confirmará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibirlos y actualizar la historia laboral, 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 pensión³², 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

³¹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.

³² Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



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, pues ello no se eximía a SANTANDER S.A. hoy AFP PROTECCIÓN 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 practicables³³, 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 del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos

³³CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



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

Finalmente, en cuanto a las costas impuesta a COLPENSIONES, que se estudian en desarrollo del grado jurisdiccional de consulta, la Sala se remite al artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁴.

En el *examine*, aunque a COLPENSIONES se le ordenó recibir los dineros remitidos por la AFP, actualizar la historia laboral del accionante y gestionar, si fuere el caso, el pago de las diferencias resultantes entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, 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. 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

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 033 2017 00422 01
Ord. Mauricio Lugo Duarte Vs. Protección y otra.

PRIMERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia consultada y apelada, para **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas.

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

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

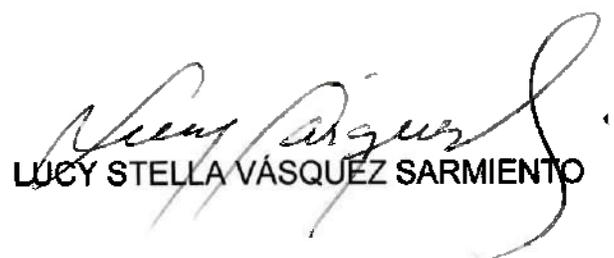
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 BERTHA CHAPARRO GIL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro Vs. Porvenir S.A. y otra.

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo de fecha 03 de diciembre 2020, proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó ineficacia y nulidad de su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., en consecuencia, se active la afiliación al RPM, se ordene a la AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores consignados en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, con los rendimientos causados, la Administradora del RPM debe tramitar el recaudo, *ultra y extra petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 28 de enero de 1960; cotizó al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de 23 de octubre de 1984 a 31 de enero de 1998; al momento del traslado a la AFP PORVENIR S.A., estaba laborando para el Banco Popular, realizó su primera cotización al RAIS en marzo de 1998, sin que le brindaran asesoría respecto a los requisitos para pensionarse en los dos regímenes, cálculo actuarial comparativo, la modalidad de retiro en el RAIS, el cálculo de pensión en el RPM, el capital mínimo para pensionarse y, los descuentos de administración que realiza la AFP; el 01 de febrero de 2018 radicó solicitud de nulidad de traslado ante PORVENIR S.A. y, el 22 de febrero de 2018 ante COLPENSIONES, las



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro v.s. Porvenir S.A. y otra.

cuales fueron negadas, agotando la reclamación administrativa ante ésta última administradora¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento de la actora, la primera cotización sufragada al RAIS y, la solicitud de nulidad del traslado con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, su buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y, genérica².

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas admitió la calenda de nacimiento de la actora, las cotizaciones al RPM, el traslado a la AFP, la primera cotización efectuada al RAIS y, la solicitud de nulidad con respuesta negativa que agotó la reclamación administrativa. Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido,

¹ Folios 6 a 33.

² Folios 133 a 145.



buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró ineficaz el traslado efectuado partir de enero de 1998 por Bertha Chaparro Gil al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes con los rendimientos causados sin descontar suma alguna por administración; la Administradora del RPM debe aceptar el traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas e; impuso costas a PORVENIR S.A.⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que no es dable declarar la ineficacia del traslado por cuanto no se acreditó dolo que viciara el consentimiento en el momento de la afiliación, además, no estaba obligada a dejar constancia de la asesoría que brindaba; la demandante

³ Folios 101 a 111.

⁴ CD y acta de audiencia, folios 172 a 174.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro v.s. Porvenir S.A. y otra.

no es beneficiaria del régimen de transición, tampoco cumple los requisitos previstos en Ley 797 (sic) para solicitar el retorno al RPM; es improcedente la devolución de los gastos de administración, por cuanto no financian la pensión de vejez, por ende, no son parte integral de ella⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Bertha Chaparro Gil estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 01 de noviembre de 1984 a 28 de febrero de 1998, aportando 486 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de los empleadores Banco de Colombia, Granahorrar S.A., Sero Ltda. y, Banco Popular S.A.; el 02 de enero de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de marzo siguiente; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES⁶, la historia laboral⁷ y, el certificado de afiliación expedidas por la AFP PORVENIR S.A.⁸, el formulario de vinculación a dicha AFP⁹, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁰, así como la historia laboral para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹¹

⁵ CD Folio 172.

⁶ CD Folio 118 Expediente administrativo.

⁷ Folios 35 a 44.

⁸ Folio 146.

⁹ Folio 57 y 147.

¹⁰ Folio 148.

¹¹ Folios 154 a 155.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro Vs. Porvenir S.A. y otra.

Chaparro Gil nació el 28 de enero de 1960, como dan cuenta su cédula de ciudadanía¹².

Los días 01¹³ y 22¹⁴ de febrero de 2018, la accionante solicitó a las enjuiciadas la nulidad del traslado y su retorno al RPM, negado con comunicación de 09 de febrero siguiente, por PORVENIR, bajo el argumento que los fondos no pueden anular ningún registro, a su vez, realizan capacitaciones a los asesores comerciales garantizando la debida asesoría al momento de la vinculación¹⁵ y, con oficio del día 22 de los referidos mes y año, por COLPENSIONES, pues, la afiliación se efectuó en ejercicio de la libre elección de régimen pensional, además, la actora cuenta con menos de 10 años de edad para pensionarse¹⁶.

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

NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

¹² Folio 34.

¹³ Folios 45 a 49.

¹⁴ Folio 58 a 62.

¹⁵ Folio 51 a 52.

¹⁶ Folios 63 a 64.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro 1's. Porvenir S.A. y otra.

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 PORVENIR S.A.¹⁷; (ii) simulación pensional emitida por PORVENIR S.A., señalando que en el RPM se proyecta una pensión de \$781.242.00 a los 58 años de edad¹⁸; (iii) CD con expediente administrativo de Bertha Chaparro Gil¹⁹; (iv) comunicados de prensa de PORVENIR²⁰; asimismo, se recibió el interrogatorio de parte de Bertha Chaparro Gil²¹.

En el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 02 de enero de 1998, se lee²²:

¹⁷ Folios 129 a 130.

¹⁸ Folio 53 a 56.

¹⁹ Folio 118.

²⁰ Folios 158 y 159.

²¹ CD Folio 172 Min. 00:08:47. Indicó que el traslado obedeció a que fue funcionaria del Banco Popular temporalmente por dos años y al momento en que fue nombrada de forma permanente, llegó un asesor de Porvenir, fondo que pertenecía al Grupo Aval y efectuó la afiliación; la asesoría fue de forma individual; no le informaron que requería un capital mínimo y, del derecho de retracto, si le informó sobre los rendimientos; el motivo del traslado fue por ser nombrada en el Banco, lo cual no dependía su contratación; firmó el formato pero no lo leyó; no realizó preguntas por el tiempo limitado autorizado por el Gerente de la Oficina; se acercó a la oficina de la AFP hasta hace dos años atrás; no conoce el valor de la mesada en COLPENSIONES; no le explicaron la modalidad de pensión, o qué pasaba cuando falleciera; no le informaron del seguro de previsión.

²² Folio 147.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro v. Porvenir S.A. y otra.

“Hago constar que realizo de forma libre espontánea 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”.

Pues bien, 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 ordinaria²³; 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**”²⁴.

²³CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁴CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro Vs. Porvenir S.A. y otra.

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.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro T's. Porvenir S.A. y otra.

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 en forma 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 comprensible²⁵.

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, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de

²⁵ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL – 9110 de 21 de octubre de 2020



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro Vs. Porvenir S.A. y otra.

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 ineficacia de traslado de la accionante, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Bertha Chaparro Gil en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, en tanto, 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 RPM²⁶, en este orden, se confirmará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibirlos y actualizar la historia laboral, 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,

²⁶ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro v.s. Porvenir S.A. y otra.

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 pensión²⁷, 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.

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 1° 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

²⁷ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro Vs. Porvenir S.A. y otra.

distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, no se exime a la AFP 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 practicables²⁸, 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**. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto. En consecuencia, se confirmará la decisión consultada en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

²⁸CSI, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00677 01
Ord. Bertha Chaparro Vs. Porvenir S.A. y otra.

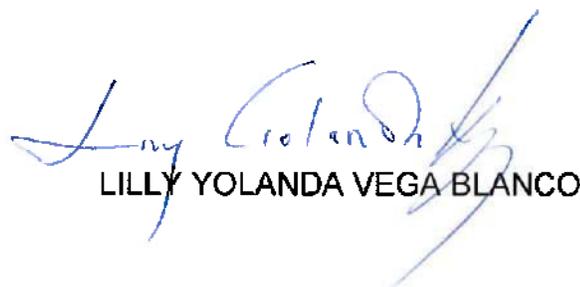
En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

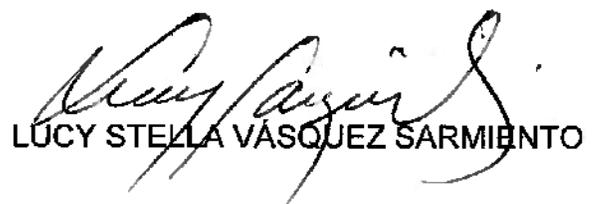
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA 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 JAVIER GUILLERMO GÓMEZ PINEDA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 Procuraduría Judicial Delegada para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a



favor de esta administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 22 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS y su vinculación válida a COLPENSIONES, en consecuencia, se ordene a las AFP enjuiciadas trasladar a la Administradora del RPM la información y dineros aportados, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 23 de enero de 1963, afiliado al ISS de 1987 a agosto de 1995, se trasladó a PORVENIR S.A. en septiembre de 1995, a partir de octubre de 2010 (sic) a SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A., en junio de 2007 regresó a PORVENIR S.A. y, en julio de 2008 se cambió a SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A.; no recibió asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, solo la información para afiliarse y mantenerse en el RAIS: que el ISS iba a desaparecer y, que tenía una ventaja económica de pensionarse en el RAIS; según le informó OLD MUTUAL S.A., su mesada sería de \$4'382.092.00 en 2025. El 29 de noviembre de 2010, solicitó a COLPENSIONES la anulación de su afiliación, negada en igual fecha².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Folio 2.

² Folios 1 a 2.



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 del actor, su vinculación al ISS y, la solicitud de regreso al RPM con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, su buena fe y, genérica³.

Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. presentó oposición a las pretensiones en su contra, frente a los hechos admitió la calenda de nacimiento del demandante, la afiliación a esa AFP y, la proyección pensional. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al RPM, su buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir contra sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y, genérica⁴.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. rechazó las pretensiones, respecto de las situaciones fácticas aceptó la fecha de nacimiento del accionante y, el traslado a ese Fondo. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, su buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y, genérica⁵.

³ Folios 55 a 62.

⁴ Folios 97 a 114.

⁵ Folios 133 a 139.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y cotización de Javier Guillermo Gómez Pineda a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de 18 de septiembre de 1995 y, los subsiguientes a SKANDIA el 31 de agosto de 2000 y, 30 de mayo de 2008, así como a PORVENIR S.A. el 10 de octubre de 2007, en consecuencia, ordenó a OLD MUTUAL S.A. devolver a COLPENSIONES los saldos, aportes y, rendimientos de la cuenta de ahorro individual del actor, la Administradora del RPM debe aceptar el traslado y recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados, absolvió a las demandadas de las demás súplicas, declaró no probadas las excepciones propuestas, sin imponer costas⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en resumen expuso, que para declarar la ineficacia deben existir actos que incidan o atenten contra la afiliación del trabajador, que

⁶ CD y Acta de Audiencia, folios 164 (2) a 166.

⁷ CD Folio 164 (2).



no fue alegado en el caso, en que el actor suscribió formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, más cuando en su interrogatorio de parte indicó que él buscó a PORVENIR para trasladarse de régimen, recibió información acerca de las características propias del RAIS, la rentabilidad del 43% que sería variable; tampoco tuvo cuidado frente a la decisión que definiría su futuro pensional, a pesar que se trasladó dentro del RAIS; la información entregada se corrobora con los formularios de afiliación, que no fueron tachados de falsos; para la época del traslado el actor contaba con semanas cotizadas en el ISS y, si se le hubiera entregado una proyección pensional, no tendría datos ciertos dado que dependía de una situación futura; el demandante permitió los descuentos en el RAIS, verificando su voluntad; además se encuentra en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES en suma arguyó, que no se tuvo en cuenta la prohibición que tiene el demandante por su edad, no hubo prueba de la desinformación alegada, por el contrario, se demostró que el actor conocía las características del RAIS y, cómo se administrarían sus aportes, tanto que se trasladó cuatro (4) veces entre los que consideró eran los mejores fondos, conociendo del tema de rendimientos, por ende, no se evidencia incumplimiento del deber de información; no se está frente a un beneficiario del régimen de transición; se debe analizar la devolución de los gastos de administración.

La Procuraduría Judicial Delegada para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social sustentó su inconformidad solicitando revocar la



decisión, en subsidio ordenar a las AFP la devolución de lo descontado por cuotas de administración, arguyendo que el deber de información no se puede analizar únicamente desde los fondos privados, pues, se debe estudiar la información que tiene a su alcance el afiliado, en el caso el demandante tiene amplia formación académica que incluye doctorado en la Universidad de Chicago (EE.UU.), docente en diferentes universidades, Javeriana, Andes y, Rosario, Asesor del Ministerio de Hacienda e, Investigador Principal del Banco de la República, con conocimiento del aspecto macroeconómico y, entendimiento claro de la decisión que estaba tomando de traslado al RAIS, no se está frente a un afiliado lego, a su vez, el actor no planteó en su demanda la falta de ratificación de la voluntad de trasladarse por no haber suscrito formularios de afiliación, aceptó los traslados, en 1995 elaboró un documento manifestando su decisión de trasladarse de régimen, actualizando su convencimiento de pertenecer al RAIS cada vez que se cambió de fondo. De mantenerse la decisión, las demandadas deben trasladar al RPM los costos descontados por cuotas de administración.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Javier Guillermo Gómez Pineda estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales – ISS de 26 de agosto de 1987 a 30 de septiembre de 1995, aportando 78.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de manera interrumpida, a través de varios empleadores; el 18 de septiembre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., efectivo el 01 de octubre siguiente;



el 31 de agosto de 2005 se cambió a OLD MUTUAL S.A.; el 10 de octubre de 2007 regresó a PORVENIR S.A. y; el 30 de mayo de 2008 retornó a OLD MUTUAL; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas, emitido por COLPENSIONES⁸, los resúmenes de historia laboral, expedidos por las enjuiciadas⁹, los formularios de vinculación a las AFP demandadas¹⁰, la certificación de 13 de noviembre de 2019, elaborada por PORVENIR S.A.¹¹ y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹².

Gómez Pineda nació el 23 de enero de 1963, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 29 de noviembre de 2018¹⁴, el demandante radicó formulario de afiliación en COLPENISONES, rechazado ese mismo día por encontrarse a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse¹⁵. El 05 de diciembre de 2018, solicitó a OLD MUTUAL la nulidad de su vinculación a esa AFP, recibiendo respuesta negativa el siguiente día 24, porque, la selección del régimen había sido libre y voluntaria¹⁶. El 10 de diciembre de 2018¹⁷, PORVENIR S.A., en respuesta al radicado N° 0100222094595100, negó la nulidad de la afiliación del actor, arguyendo que se efectuó de manera libre y voluntaria.

⁸ Folios 31 a 35.

⁹ Folios 45 a 49, 141 a 144 y 151 a 153.

¹⁰ Folios 115, 116 y 145.

¹¹ Folio 150.

¹² Folios 117 y 140.

¹³ Folio 30 y CD Folio 69.

¹⁴ Folio 44.

¹⁵ Folios 42 a 43.

¹⁶ Folios 37 a 39 y 118 a 120.

¹⁷ Folio 36.



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

NULIDAD 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 convocadas a juicio¹⁸, (ii) simulación pensional emitida por OLD MUTUAL S.A.¹⁹ y, (iii) expediente administrativo del actor, aportado por COLPENSIONES²⁰. También se recibió el interrogatorio de parte de Gómez Pineda²¹.

¹⁸ Folios 16 a 29 y 82 a 85.

¹⁹ Folios 40 a 41.

²⁰ CD Folio 69.

²¹ CD Folio 167 (2) Parte II. Javier Guillermo Gómez Pineda, Economista. Trabajando como asesor del Ministerio de Hacienda se trasladó del ISS al RAIS, porque allí le brindaron el contacto de PORVENIR, la asesora le informó sobre la rentabilidad del 43%, que la pensión sería mejor a la del ISS, que este se iba a quebrar y, que el ahorro se haría en una cuenta individual, entendió que accedería a su pensión cuando tuviera las semanas, no diligenció el formulario, pero lo firmó de forma libre y voluntaria; regresó a PORVENIR en el año 2007 porque había salido de SKANDIA y recibió llamadas de los asesores de PORVENIR, donde le comentaron que ese fondo tenía mejor rentabilidad, recibió extractos al correo, los revisaba eventualmente, el motivo para regresar a COLPENSIONES es porque los fondos privados lo engañaron. Se trasladó de PORVENIR a SKANDIA cuando trabajaba en el Banco de la República porque todos los trabajadores de esa entidad se encontraban en dicha AFP, diligenció el formulario, la asesoría que recibió duró de 10 a 15 minutos aproximadamente, recibió



Ahora, en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., suscrito por el actor el 18 de septiembre de 1995²², se lee:

"HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA 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".

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PORVENIR S.A. suministrara información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado en el 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 ordinaria²³; 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*

los extractos de su cuenta individual al correo, nunca se acercó a una oficina de OLD MUTUAL a consultar sobre su situación pensional. Tiene un doctorado en Economía de la Universidad de Chicago (EE.UU.) de 1995, ha dictado cursos de Teoría Política Monetaria en las universidades Javeriana, Los Andes y, del Rosario, sabe que en el RAIS existe una cuenta individual de ahorro para cada afiliado, que se afecta con el comportamiento y tasa del mercado, sin embargo le indicaron que los cambios serían pequeños; trabajó asuntos monetarios en el Ministerio de Hacienda, en el Banco de la República tuvo el cargo de Investigador Principal, cuando se trasladó a PORVENIR le ofrecieron un ipod, sin embargo regresó a SKANDIA, no consideró retornar al ISS porque confiaba en la información que le habían brindado, suscribió la carta de 18 de septiembre de 1995, que obra a folio 177 del expediente digital, porque se la pidió la asesora de PORVENIR para vincularse a esa AFP.

²² Folio 54.

²³CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 012 2019 00098 01
Ord. Javier Gómez Vs. Colpensiones y otros

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..."²⁴.

Es que, recaía en PORVENIR 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 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.

²⁴CSJ, 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 comprensible²⁵.

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.

²⁵ CSJ, 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 el actor se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de las siguientes, en este orden, OLD MUTUAL S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Javier Guillermo Gómez Pineda, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades de los fondos, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁶, en tal sentido, se revocará parcialmente la sentencia, para ordenar a OLD MUTUAL devolver los costos cobrados por cuotas de administración y, se confirmará en lo demás la condena impuesta a esta AFP.

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

Y, si bien PORVENIR S.A. remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual del demandante, en su oportunidad, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por gastos de administración, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido, atendiendo que también se estudia la sentencia en consulta, se

²⁶ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.



revocará parcialmente el fallo apelado y consultado, para condenar a PORVENIR S.A. a devolver los gastos cobrados por administración, remitiéndolos a COLPENSIONES.

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 pensión²⁷, 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 apelada y consultada, también en este aspecto.

Finalmente, cabe precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por 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, adoptando 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

²⁷ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



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 Economista del actor 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 practicables²⁸, 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 del traslado 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 respecto a la ineficacia del traslado, por ello, se confirmará la decisión impugnada y 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,

²⁸CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 012 2019 00098 01
Ord. Javier Gómez Vs. Colpensiones y otros

RESUELVE

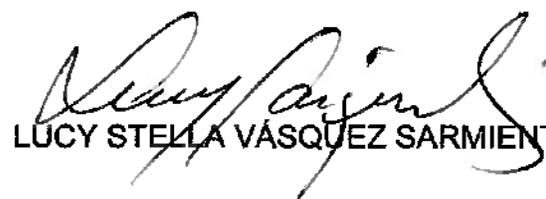
PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar **CONDENAR** a OLD MUTUAL S.A. y, a PORVENIR S.A. a remitir a COLPENSIONES los costos cobrados por cuotas de administración, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la decisión impugnada y consultada. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solo uctoparcial


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 HUMBERTO DE JESÚS URIBE ESCOBAR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 25 de agosto



de 2020, proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó nulidad de su traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A., de 31 de julio de 1996 y, su posterior cambio a PORVENIR S.A. el 18 de febrero de 2001, en consecuencia, se ordene su retorno a COLPENSIONES, las AFP deben devolver a la Administradora del RPM todos los dineros de su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, con todos sus frutos e intereses, cuotas de administración y seguros de pensión mínima, invalidez y sobrevivencia, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 06 de junio de 1954, se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 08 de mayo de 1984, cotizando 91 semanas; el 31 de julio de 1996 firmó formulario de traslado a COLFONDOS S.A., sin recibir información clara y precisa acerca de las características, ventajas y desventajas de cada régimen, cuadro comparativo o proyección pensional; el 18 de febrero de 2001 se cambió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 27 de febrero de 2019, solicitó a ésta Administradora la nulidad del traslado, información y documentos, requerimiento negado con comunicación de 08 de marzo siguiente, adjuntando los documentos pedidos; los días 26 de abril y 27 de junio de 2019, radicó igual petición ante COLFONDOS S.A., contestada el 26 de julio de esa anualidad, aduciendo que no era posible la nulidad debido a que se había trasladado a otra

¹ Folios 5 a 6.



administradora; el 25 de abril de 2019, insistió en la nulidad de su traslado ante COLPENSIONES, negada el 14 de mayo siguiente, porque, se encuentra a menos de 10 años del requisito de edad para pensionarse².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES presentó oposición a las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió, la *data* de nacimiento del actor, su afiliación al ISS, el número de semanas cotizadas, su traslado a PORVENIR S.A., así como la presentación de solicitudes ante las enjuiciadas con sendas respuestas negativas. En su defensa propuso las excepciones de falta de 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, genérica³.

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías rechazó los pedimentos, frente a los hechos aceptó la calenda de nacimiento del demandante, su afiliación al ISS y, la petición de nulidad con su contestación negativa. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, su buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS,

² Folios 6 a 13.

³ Folios 103 a 114.



ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago⁴.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de las situaciones fácticas admitió el número de semanas cotizadas al ISS y, la solicitud de nulidad de afiliación con respuesta negativa. Propuso como excepciones las 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 fe⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado el 31 de julio de 1996 por Jorge Humberto de Jesús Uribe Escobar al RAIS a través de COLFONDOS S.A., en consecuencia, se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a la Administradora del RPM los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción por gastos de administración, seguros de invalidez y sobrevivencia que se encuentren en la cuenta individual del demandante; a COLPENSIONES activar la afiliación y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas e; impuso costas a las AFP enjuiciadas⁶.

⁴ Folios 151 a 165.

⁵ Folios 167 a 188.

⁶ CD y Acta de Audiencia, folios 245 a 248.



RECURSOS DE APELACIÓN

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

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES en resumen expuso, que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993; la finalidad del presente asunto es meramente económico; conforme al Decreto 2241 de 2010 es deber del afiliado estar al tanto de su *status* pensional; la carga dinámica de la prueba no es absoluta, pues, el demandante debe demostrar circunstancias concretas mínimas, más aún cuando se probó su libre voluntad de trasladarse de régimen; además, el acto inexistente se perfeccionó al conocer el actor las características del sistema con el paso del tiempo, en los términos del artículo 898 del Código de Comercio.

La Sociedad Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en suma arguyo, que la obligación de desincentivar la afiliación no se encontraba vigente en 1996, entonces, su aplicación es indebida en este caso; el demandante confesó que se le brindó información, sin que fuera tenido en cuenta por el *a quo*, tampoco la circunstancia de ser abogado, por ende, conecedor de la Ley 100 de 1993; no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, pues, se deben respetar las restricciones mutuas que prevé el Código Civil.

⁷ CD Folio 245.



COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías en síntesis dijo, que las afiliaciones al RAIS se dieron por decisión libre y voluntaria, el actor suscribió los respectivos formularios de vinculación, conforme los literales b) y d) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; el demandante no era beneficiario del régimen de transición, ni tenía expectativa cercana de acceso a alguna prestación; la información brindada fue clara, el convocante confesó que se afilió a la AFP por ayudar a una amiga, siendo abogado y notario al momento del traslado, surgiendo evidente que su interés es obtener una mejor mesada pensional en el RPM; durante sus vinculaciones a las AFP el accionante no manifestó inconformidad alguna.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Jorge Humberto de Jesús Uribe Escobar estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales – ISS de 08 de mayo de 1994 a 31 de agosto de 1996, aportando 91 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 31 de julio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, efectivo el 01 de septiembre siguiente y; el 18 de febrero de 2001 se cambió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con efectividad el 01 de abril de ese año; situaciones fácticas que se infieren de los resúmenes de historia laboral aportados por las enjuiciadas⁸, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁹, la historia laboral oficial suministrada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda¹⁰, la certificación de 06 de diciembre de 2019,

⁸ Folios 66 a 70, 91 a 93, 191 a 206 y 209 a 219.

⁹ Folios 189 a 190.

¹⁰ Folio 207.



emanada de PORVENIR S.A.¹¹ y, los formularios de afiliación a COLFONDOS S.A. y a HORIZONTE¹².

Uribe Escobar nació el 06 de junio de 1954, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 27 de febrero de 2019¹⁴, el accionante solicitó a PORVENIR S.A. la nulidad de su traslado y, copia de la documentación referente a su afiliación, con respuesta negativa el 08 de marzo siguiente¹⁵, porque, su vinculación había sido voluntaria, libre y sin presiones, se adjuntó proyección pensional. El 25 de abril de 2019¹⁶, Uribe Escobar peticionó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, negado en igual calenda por encontrarse a menos de 10 años del requisito de edad para acceder a la pensión¹⁷. El 26 de abril de 2019¹⁸, el accionante pidió a COLFONDOS copia de su formulario de vinculación y, proyección pensional, pedimento contestado el 20 de mayo siguiente¹⁹. El 27 de junio de 2019²⁰, el convocante reclamó a COLFONDOS la nulidad de su traslado, negada con comunicación de 26 de julio de esa anualidad²¹, arguyendo que en su momento recibió la debida información.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de

¹¹ Folio 208.

¹² Folios 65, 85 y 220.

¹³ Folios 14 a 18.

¹⁴ Folios 53 a 57.

¹⁵ Folios 58 a 64.

¹⁶ Folios 74 a 77.

¹⁷ Folio 78.

¹⁸ Folios 79 a 82.

¹⁹ Folios 83 a 85.

²⁰ Folios 86 a 88.

²¹ Folio 89.



consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

NULIDAD 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”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP convocadas a juicio²² y, (ii) expediente administrativo emitido por COLPENSIONES²³. También se recibieron los interrogatorios de parte de los representantes legales de las AFP demandadas²⁴ y del actor²⁵.

²² Folios 22 a 51.

²³ CD Folio 117.

²⁴ CD Folio 245, min. 00:12:05. Jair Fernando Atuesta Rey – Representante Legal de COLFONDOS S.A.–. El formulario de afiliación era el documento que se exigía para que una persona se afiliara al RAIS, según como lo ha indicado la Superintendencia Financiera, siendo brindada la información por los asesores de manera verbal, lo cual se corrobora con la suscripción de dicho formulario, sin que se presentara solicitud de retracto; al correo electrónico solo se comparte información de los extractos, desconoce la información brindada por el asesor al demandante, aclarando que para la fecha de afiliación, el asesor no estaba obligado a dejar registro escrito de la asesoría, por ende no puede indicar las condiciones e información brindada.

CD Folio 245, min. 00:19:30. Yat Sing Chia Muñoz, – Representante Legal de PORVENIR S.A.–. Para el año 2001, cuando el demandante se traslada, se encontraba vigente el deber de información del Decreto 663 de 1993, por lo que se le brindó la información del producto financiero ofrecido, no había obligación de dejar soporte documental, ello surgió con posterioridad; los formularios de afiliación de los diferentes fondos de pensiones, son realizados conforme a la normatividad de la Superintendencia Financiera; la comunicación referente a la circular 001 de 08 de enero de 2004 fue masiva, por medio de diferentes medios de comunicación, entre esos anuncios en periódicos, al actor se le envían extractos y otro tipo de comunicaciones al correo.

²⁵ CD Folio 245, min. 00:33:30. Jorge Humberto de Jesús Uribe Escobar, Abogado. Una “paisana” le ofreció un sistema de ahorrar dinero, pero no de un fondo de pensiones, por ayudarla firmó un formulario sin conocer las implicaciones que eso tenía, su amiga le dijo que podía retirar el dinero cuando quisiera, no tiene conocimientos en temas pensionales, nunca acudió a COLFONDOS a solicitar información sobre su cuenta individual, ni a solicitar el reconocimiento de una prestación, solo conoció la información que llegaba en los extractos, luego se trasladó a la AFP HORIZONTE, también por consejo de su amiga; es Notario 24 de Bogotá desde hace 22 años, se graduó como



Ahora, en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., suscrito por el accionante el 31 de julio de 1996²⁶, se lee:

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

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLFONDOS S.A. suministrara información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado en el 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 ordinaria²⁷; 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*

abogado en 1986 en la Universidad de Antioquia. Es especializado en Derecho Notarial y Registral de la Universidad del Externado, la afiliación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, se dio a través de la Gerente del Banco BBVA, quien le envió los vendedores de la AFP, leyó el formulario y tuvo claro el traslado que realizó entre fondos privados, tiene acceso a los extractos porque los pide, allí se indican semanas cotizadas, rendimiento, capital, cotizaciones en fondos públicos y privados.

²⁶ Folios 43 y 144.

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



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 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 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.

²⁸CSJ, 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 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 *ibidem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

²⁹ CSJ, 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 el actor se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de la siguiente, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Uribe Escobar, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, también debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades de los fondos, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en este sentido, se confirmará el fallo de primer grado.

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

Y, si bien COLFONDOS S.A. remitió en su oportunidad la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual del demandante a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por gastos de administración, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido, atendiendo que también se estudia la sentencia en consulta a favor de COLPENSIONES, se adicionará el fallo de primera instancia.

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.



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 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 apelada y consultada, también en este aspecto.

Finalmente, cabe precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por 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, adoptando 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

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



Abogado del actor 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 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 el 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**. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto respecto a la ineficacia del traslado.

En consencuencia, se confirmará la decisión impugnada y consultada en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 028 2019 00531 01
Ord. Jorge Uribe Vs. Colpensiones y otros

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,

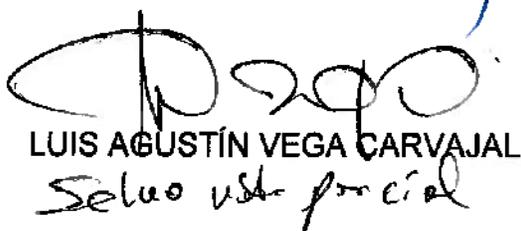
RESUELVE

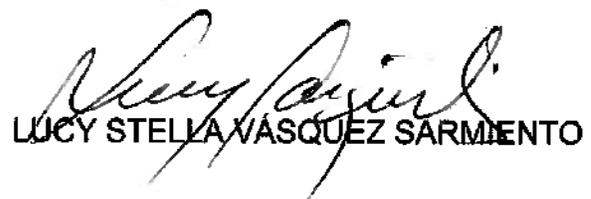
PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a PORVENIR S.A. AFP en que se encuentra afiliado el actor a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción por gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, existentes en la cuenta de ahorro individual de Jorge Humberto de Jesús Uribe Escobar; por su parte, COLFONDOS S.A. debe remitir a la Administradora del RPM los costos cobrados por administración, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la decisión impugnada y consultada. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Se leo usted por el


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 ELSA VICTORIA RIVEROS LUQUE 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.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, revisa la



Corporación el fallo de fecha 20 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó la declaratoria de nulidad de su traslado al RAIS a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, en consecuencia, se ordene su activación en el RPM, PORVENIR S.A. debe devolver todos los valores de su cuenta de ahorro individual, cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, con rendimientos, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 26 de junio de 1959, cotizó 409 semanas al Instituto de los Seguros Sociales – ISS, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de 09 de agosto de 1984 a 14 de febrero de 1994; se trasladó al fondo de pensiones DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, según solicitud de vinculación N° 045030, a partir de diciembre de 1994 y, en 2000 se cambió a PORVENIR S.A., sin recibir información sobre requisitos para pensionarse, ni cálculo actuarial para establecer las diferencias de mesadas en cada régimen, tampoco fue ilustrada de forma clara, completa y cierta respecto de las consecuencias y efectos del cambio de régimen; el 28 de febrero de 2018 solicitó la nulidad de traslado ante PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN, negada por esta última el 21 de marzo siguiente; el 02 de marzo de 2018 petitionó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado al RAIS, negada en igual calenda².

¹ Folios 56 a 62 y 108 a 115.

² Folios 49 a 55 y 102 a 108.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía 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, la solicitud de nulidad de traslado con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe³.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES presentó oposición a las pretensiones, frente a las situaciones fácticas, admitió la *data* de nacimiento de la demandante, sus traslados a DAVIVIR y PORVENIR, las solicitudes de nulidad de traslado antes las AFP y esa Administradora, así como las respuestas negativas. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, su buena fe, prescripción y, genérica⁴.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su traslado a esa AFP y, la solicitud de nulidad de traslado con respuesta negativa. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para

³ Folios 163 a 190.

⁴ Folios 204 a 220.



pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, su buena fe, enriquecimiento sin causa y, genérica⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de Elsa Victoria Riveros Luque al RAIS a través de PROTECCIÓN, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores cotizados por la actora con rendimientos y, sin descontar gastos de administración, dineros que la Administradora del RPM debe recibir; declaró no probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio e; impuso costas a PROTECCIÓN⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que se desconocieron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el traslado de régimen, por ello, la orden de devolver dineros por gastos de administración es perjudicial, el artículo 20 inciso 2 de la Ley 100 de 1993, establece para el RPM (sic) un descuento de 3% por gastos de administración, sin que formen parte integral de la pensión, en ese sentido, sobre estos valores opera la prescripción, además, entregarlos

⁵ Folios 250 a 260.

⁶ CD y Acta de Audiencia, folios 346 a 347.



a COLPENSIONES constituiría un enriquecimiento sin causa para esa Administradora, pues, tales dineros no pertenecen a los afiliados. Respecto de la ineficacia del traslado demostró que al momento de la afiliación brindó a la demandante toda la información, luego de su traslado horizontal⁷.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Elsa Victoria Riveros Luque estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales – ISS de 09 de agosto de 1984 a 30 de noviembre de 1994, aportando 409.57 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de manera interrumpida, a través de varios empleadores; el 04 de noviembre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a la AFP DAVIVIR hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., efectivo el 04 de noviembre de 1994 y; el 16 de marzo de 2000 se cambió a PORVENIR S.A., con efectividad a partir de 01 de mayo de ese año; situaciones fácticas que se infieren de los formularios de solicitud de vinculación a las AFP⁸, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁹, el reporte de semanas cotizadas, emitido por COLPENSIONES¹⁰, los resúmenes de historia laboral¹¹ y certificaciones¹², expedidos por las enjuiciadas.

⁷ CD Folio 346.

⁸ Folios 40, 44, 160 y 233.

⁹ Folios 161 a 162 y 234.

¹⁰ Folios 199 a 202.

¹¹ Folios 7 a 13.

¹² Folios 203 y 231.



Riveros Luque nació el 26 de junio de 1959, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 28 de febrero de 2018¹⁴, la demandante solicitó a PROTECCIÓN la nulidad de su traslado inicial al RAIS y, copia del formulario de afiliación, con respuesta negativa de 21 de marzo siguiente¹⁵, bajo el argumento que su afiliación se presumía legal, que solo podría desvirtuarse por autoridad competente. El 28 de febrero de 2018¹⁶, peticionó a PORVENIR S.A. la nulidad del traslado al RAIS, copia de la solicitud de vinculación y simulación pensional, negada con escrito de 12 de marzo de esa anualidad¹⁷, porque, se encontraba a menos de 10 años para optar por una pensión de vejez. El 02 de marzo de 2018¹⁸, pidió a COLPENSIONES la nulidad de su traslado al RAIS y, activación de su afiliación en el RPM, solicitud rechazada en igual calenda, pues, el traslado se había efectuado de manera directa y voluntaria, en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen¹⁹.

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

¹³ Folios 14 a 18.

¹⁴ Folios 75 a 77.

¹⁵ Folios 41 a 43.

¹⁶ Folios 21 a 25.

¹⁷ Folios 35 y 244 a 245.

¹⁸ Folios 28 a 32.

¹⁹ Folios 45 a 46.



NULIDAD 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) simulación pensional de 12 de marzo de 2018, emitida por PORVENIR S.A.²⁰, (ii) certificados de existencia y representación legal de las demandadas²¹, (iii) expediente administrativo de la actora, elaborado por COLPENSIONES²², (iv) relación de aportes a PORVENIR S.A.²³ e, (v) historia laboral válida para bono pensional, emanada de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda²⁴. También se recibió el interrogatorio de parte de Riveros Luque²⁵.

²⁰ Folios 36 a 39 y 246 a 247.

²¹ Folios 79 a 99, 151 a 153 y 323 a 329.

²² CD Folio 198.

²³ Folios 235 a 241.

²⁴ Folios 242 a 243.

²⁵ CD Folio 342, Min. 00:08:50. Elsa Victoria Riveros Luque, Licenciada en Educación Preescolar. Recuerda que estaba trabajando en DATASET, pero no que realizara un traslado a un fondo privado, nunca ha ido a un fondo de pensiones, ha recibido extractos de la cuenta individual de ahorro en PORVENIR; se trasladó de DAVIVIR a PORVENIR porque trabajando en COLSANITAS, la empresa hizo una solicitud a todos los empleados, debido a que COLPENSIONES se iba a acabar, el asesor solo le indicó que él hacía el traslado del bono; nunca acudió a un punto de atención presencial o virtual de PROTECCIÓN; PROTECCIÓN trasladó los aportes a PORVENIR. El asesor de PORVENIR estuvo en su puesto de trabajo aproximadamente 10 minutos, la principal motivación para trasladarse fue la liquidación de COLPENSIONES, no leyó el formulario de afiliación, se sintió presionada por la situación para firmarlo, no regresó a COLPENSIONES porque no conocía los beneficios de cada régimen pensional; en PORVENIR le dijeron que se iba a pensionar con una mesada de \$1'200.000.00 por lo que le aconsejaban que siguiera cotizando, nunca acudió a una oficina de PORVENIR, en los extractos verificaba el valor de los rendimientos, el asesor le dijo que el bono pensional eran los dineros que estaban en COLPENSIONES que se debían trasladar. Se trasladó inicialmente a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y luego a PORVENIR.



Ahora, en el formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, suscrito por la actora el día 04 de noviembre de 1994²⁶, se lee:

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

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN suministrara información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado en el 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 ordinaria²⁷; 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..."*²⁸.

²⁶ Folios 44 y 160.

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.



Es que, recaía en AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN 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.

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 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 *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 actora se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de la siguiente, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de

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



Elsa Victoria Riveros Luque, 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 los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades de los fondos, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en tal sentido, se confirmará el fallo de primer grado.

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

Y, si bien la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN remitió en su oportunidad la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la demandante a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por gastos de administración, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido, atendiendo que también se estudia la sentencia en consulta a favor de COLPENSIONES, se adicionará el fallo de primera instancia.

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.



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 apelada y consultada, también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por 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, adoptando 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 Licenciada en Educación Preescolar de la actora no eximía a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

³¹ 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 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**. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto respecto a la ineficacia del traslado.

En consecuencia, se confirmará la decisión impugnada y 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,

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00307 01
Ord. Elsa Riveros Vs. Colpensiones y otros

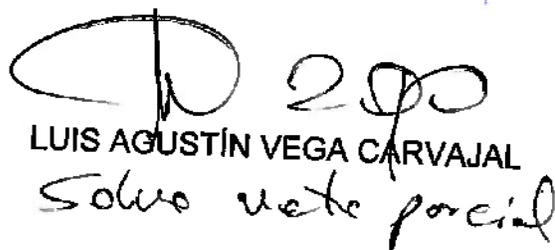
RESUELVE

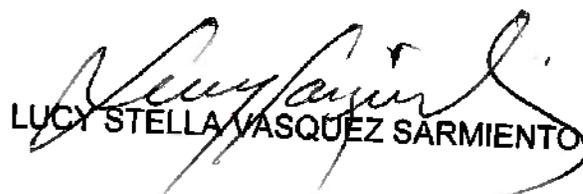
PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, **ORDENAR** a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES y, a esta última a recibir todos los valores que hubiere cotizado Elsa Victoria Riveros Luque con motivo de la afiliación al RAIS, con los rendimientos causados, sin descontar gastos de administración y, a PROTECCIÓN remitir a COLPENSIONES los costos cobrados por administración, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la decisión impugnada y consultada. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solo 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 FERNANDO DÍAZ BOHÓRQUEZ, JORGE ELIECER RICO RINCÓN, DIANA PATRICIA VARGAS CARO Y RAFAEL MOLINA ACOSTA CONTRA DUQUESA S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 los demandantes, revisa la Corporación el fallo de fecha 18 de enero de 2021, proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

Los actores demandaron la existencia de verdaderos contratos de trabajo, en consecuencia se les reconozca indemnización por despido injusto con los sueldos reales recibidos, el reajuste de parafiscales y de la liquidación final de cada contrato con sus verdaderos salarios, moratoria, indexación y, costas¹.

Fundamentaron sus pedimentos, en síntesis, en que laboraron para la enjuiciada, mediante sendos contratos de agente comercial, como Vendedor Mayorista, en los siguientes periodos y ciudades: (i) Rafael Molina Acosta de 18 de septiembre de 2000 a 09 de febrero de 2018, en Ibagué, (ii) Jorge Eliecer Rico Rincón de 01 de junio de 2000 a 07 de febrero de 2018, en Bucaramanga, (iii) Diana Patricia Vargas Caro de 22 de abril de 2013 a 31 de enero de 2018, en Medellín y, (iv) Fernando Díaz Bohórquez de 01 de octubre de 2000 a 06 de febrero de 2018, en Sogamoso; cumplían horario de lunes a viernes de 08:00 a.m. a 05:00 p.m. y, sábados de 08:00 a.m. a 01:00 p.m., en actividades de venta, surtido de abarrotes y productos, visita de clientes, diligenciamiento de hojas de ruta, preventa de productos, cobros de dinero y entrega a la empresa; la demandada reconocía el pago de parafiscales, así como \$150.000.00 para aportes a salud y pensión, además estaban afiliados a la ARL AXA COLPATRIA; contaban con una remuneración fija que se pagaba de forma periódica en sus respectivas cuentas de ahorro, así: (i) Rafael Molina Acosta “entre \$10'000.000.00 y \$14'000.000.00”, (ii) Jorge Eliecer Rico Rincón “entre \$8'500.000.00 y \$11'000.000.00”, (iii) Diana Patricia Vargas Caro “entre \$6'500.000.00 y \$8'200.000.00” y, (iv) Fernando Díaz

¹ Folios 15 a 16 y 803 a 805.



Bohórquez \$6'500.000.00; tenían jefes inmediatos de quienes recibían órdenes².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Duquesa S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, no admitió la fundamentación fáctica. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y, su buena fe³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que, entre Rafael Molina Acosta, Jorge Eliecer Rico Rincón, Diana Patricia Vargas Caro, Fernando Díaz Bohórquez y, Duquesa S.A. existió un contrato de agencia comercial, absolvió a la enjuiciada e, impuso costas a los demandantes⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la parte convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el acervo probatorio acredita la existencia de sendos contratos de

² Folios 13 a 15 y 797 a 803.

³ Folios 840 a 890.

⁴ CD Folio 2 – Parte 7 – y, Acta de audiencia, Folios 1440 a 1441.



trabajo conforme al artículo 23 del CST, en tanto, existió horario, subordinación y remuneración mensual, dependencia corroborada por el testigo Jorge Valencia, por ende, no hubo autonomía e independencia como lo indicó el *a quo*; la jurisprudencia y los principios del derecho laboral señalan la primacía de la realidad sobre las formas, es decir, lo que de verdad existió, no lo plasmado en documentos⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Los demandantes afirman que laboraron para Duquesa S.A., así: (i) Rafael Molina Acosta de 18 de septiembre de 2000 a 09 de febrero de 2018, (ii) Jorge Eliecer Rico Rincón de 01 de junio de 2000 a 07 de febrero de 2018, (iii) Diana Patricia Vargas Caro de 22 de abril de 2013 a 31 de enero de 2018 y, (iv) Fernando Díaz Bohórquez de 01 de octubre de 2000 a 06 de febrero de 2018, mediante simulados contratos de agencia comercial, que en realidad fueron verdaderos contratos de trabajo, cumpliendo horario de lunes a viernes de 08:00 a.m. a 05:00 p.m. y, sábados de 08:00 a.m. a 01:00 p.m., vínculos que el empleador finalizó de manera unilateral e injusta⁶.

Duquesa S.A. desconoció la alegada vinculación contractual laboral de los demandantes, adujo que con ellos suscribió contratos de agencia comercial regidos por el artículo 1317 y siguientes del Código de Comercio, en cuyo desarrollo los actores tuvieron a su

⁵ CD Folio 2 – Parte 7.

⁶ Folios 13 a 15 y 797 a 803.



cargo la comercialización y venta de los productos de esa compañía en la zona convenida, actividades que se ejecutaron con plena autonomía técnica y administrativa, sin que existiera subordinación⁷.

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.

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.

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 Corte Suprema de Justicia, ha explicado que, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación⁸.

⁷ Folios 840 a 890.

⁸ CSI, Sala Laboral, Sentencia 44519 de 29 de julio de 2015 y 62373 de 24 de julio de 2019.



La Corporación en cita también ha adoctrinado que el rendir informes de mercado o sujetarse a unas precisas instrucciones y directrices, es normal o esencial en el desarrollo de un contrato de agencia comercial, pues ello no comporta la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que constituye el resultado del cumplimiento del objeto del vínculo jurídico que unió a las partes, condiciones con las que se propende por la adecuada distribución de los productos y el conocimiento y análisis de las condiciones del mercado⁹.

Al instructivo se aportaron los siguientes documentos: (i) pagarés firmados por los demandantes a órdenes de la empresa Duquesa S.A., con las respectivas autorizaciones de diligenciamiento¹⁰, (ii) otro sí de fecha 01 de junio de 2000, al contrato de trabajo de José Jesús Rodríguez, modificando las condiciones de remuneración¹¹, (iii) certificado de existencia y representación legal de la convocada a juicio¹², (iv) registro de comisiones recibidas por Rico Rincón de febrero a marzo de 2004¹³, de Vargas Caro entre diciembre de 2016 y enero de 2018¹⁴, de Molina Acosta entre noviembre de 2014 y enero de 2018¹⁵ y, de Díaz Bohórquez entre octubre de 2010 y enero de 2018¹⁶, (v) certificados de retención en la fuente correspondientes a los actores, entre 2003 y 2012¹⁷, (vi) estados de cuenta y paz y salvos emitidos por la sociedad enjuiciada de 2009 a 2017¹⁸, (vii) certificaciones de 12 de marzo de 2001, 30 de septiembre de 2008,

⁹ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 40121 de 24 de enero de 2012 y 46874 de 19 de julio de 2016.

¹⁰ Folios 29 a 33, 38 a 42 y 700 a 704.

¹¹ Folio 35.

¹² Folios 50 a 54, 785 a 793, 811 a 817 y 830 a 839.

¹³ Folios 61 a 66.

¹⁴ Folios 329 a 396.

¹⁵ Folios 425 a 435, 1038 a 1045 y 1063 a 1081.

¹⁶ Folios 598 a 607, 674 a 691 y 1231 a 1237.

¹⁷ Folios 168 a 173, 1046, 1217 y 1421.

¹⁸ Folios 174 a 189, 320 a 327, 436 a 440, 444 a 450, 592 a 597, 658 a 669, 1013 a 1037, 1188 a 1212, 1278 a 1291 y 1389 a 1414.



29 de mayo de 2009 y 04 de mayo de 2015, indicando que Rico Rincón es Agente Comercial de Duquesa S.A., en desarrollo de un contrato de agencia comercial por el que recibía comisiones¹⁹, (viii) comunicaciones dirigidas a los Agentes Comerciales de la enjuiciada, con las siguientes fechas y asuntos: 12 de julio de 2006 sobre desempeño del primer semestre de 2006, 22 de septiembre de 2008 respecto a la fecha de grabación de consignaciones, 10 de septiembre de 2009 relacionado a la atención de reclamos "VENMER – SC – 10 – F", 06 de mayo de 2010 sobre revisión comisiones, 27 de agosto de 2010 respecto a planes de trabajo con aliados, 25 de enero de 2011 atiente a contratos de agentes comerciales 2011, 05 de diciembre de 2011 referente a *ranking* acumulado a noviembre de 2011, 21 de enero de 2016 relacionado con políticas y procedimientos tesorería y cartera, 14 de octubre de 2016 sobre encuesta de satisfacción a clientes y, 28 de noviembre de 2017 atinente a cierre de fin de año²⁰, (ix) informe especial de seminario de panadería de agosto de 2002²¹, (x) informe especial "Charla técnica – seminario de panadería – AT personalizada – proyectos y comentarios generales de la línea"²², (xi) certificación de 04 de mayo de 2017, en cuyos términos Diana Patricia era Agente Comercial de Duquesa S.A., en el marco de un contrato de agencia comercial por el que recibía comisiones²³ y, (xii) facturas de venta de septiembre, noviembre y diciembre de 2011, febrero, marzo, abril, junio y julio de 2012 y, enero de 2014, emitidas por "Rafael Molina Acosta Nit. 11.427.290 – 3", precisando el valor por comisiones²⁴.

¹⁹ Folios 214, 218, 220 y 221.

²⁰ Folios 226 a 236, 275, 280 a 282, 293 a 300, 418 a 419, 705 a 710 y 1061 a 1062.

²¹ Folios 238 a 249.

²² Folios 252 a 264.

²³ Folio 328.

²⁴ Folios 1047 a



Además, se aportaron los siguientes contratos de agencia comercial:

Demandante	Duración	Folios	Demandante	Duración	Folios
Jorge Eliecer Rico Rincón	Indefinida – Inicia 01/Mar/2001	43 a 49, 57 a 59 y 1305 a 1309	Diana Patricia Vargas Caro	01/07/2013	1265 a 1269
Jorge Eliecer Rico Rincón	Inicia 01/Abr/2005	1313 a 1319	Diana Patricia Vargas Caro	22/Abr/2013 a 30/Jun/2013	1270 a 1277
Jorge Eliecer Rico Rincón	Indefinida – Inicia 30/Mar/2006	68 a 84	Diana Patricia Vargas Caro	Inicia 01/07/2013	1265 a 1269
Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Feb/2009 a 31/Dic/2010	86 a 94 y 1324 a 1330	Diana Patricia Vargas Caro	01/Feb/2014 a 31/01/2015	1258 a 1265
Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Feb/2010 a 31/Ene/2011	95 a 100 y 1331 a 1336	Diana Patricia Vargas Caro	01/Feb/2015 a 31/Ene/2016	1250 a 1257
Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Feb/2011 a 31/Ene/2012	102 a 107 y 1338 a 1340	Diana Patricia Vargas Caro	01/Mar/2017 a 31/Ene/2018	309 a 319 y 1238 a 1247
Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Feb/2012 a 31/Ene/2013	108 a 114 y 1341 a 1346	Rafael Molina Acosta	Indefinida – Inicia 18/Sep/2000	507 a 512 y 1008 a 1012
Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Feb/2013 a 31/Ene/2014	116 a 128 y 1347 a 1351	Rafael Molina Acosta	Indefinida – Inicia 01/Abr/2005	513 a 522 y 991 a 999
Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Feb/2014 a 31/Ene/2015	129 a 135 y 1352 a 1358	Rafael Molina Acosta	01/Feb/2009 a 31/Ene/2010	523 a 528 y 978 a 983
Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Feb/2015 a 31/Ene/2016	136 a 144 y 1361 a 1365	Rafael Molina Acosta	01/Feb/2010 a 31/Ene/2011	529 a 536 y 960 a 973



Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Feb/2016 a 31/Ene/2017	145 a 152 y 1366 a 1375	Rafael Molina Acosta	01/Feb/2011 a 31/Ene/2012	537 a 542 y 952 a 958
Jorge Eliecer Rico Rincón	01/Mar/2017 a 31/Ene/2018	153 a 163 y 1376 a 1388	Rafael Molina Acosta	01/Feb/2012 a 31/Ene/2013	543 a 549 y 945 a 951
Fernando Díaz Bohórquez	Indefinida – Inicia 13/Oct/2000	653 a 657 y 1184 a 1187	Rafael Molina Acosta	01/Feb/2013 a 31/Ene/2014	451 a 465, 550 a 557 y 938 a 944
Fernando Díaz Bohórquez	Indefinida – Inicia 01/Abr/2005	622 a 630 y 1171 a 1179	Rafael Molina Acosta	01/Feb/2014 a 31/Ene/2015	467 a 478 y 932 a 937
Fernando Díaz Bohórquez	01/Feb/2009 a 31/Ene/2010	1166 a 1170	Rafael Molina Acosta	01/Feb/2015 a 31/Ene/2016	479 a 491 y 918 a 931
Fernando Díaz Bohórquez	Inicia 01/Feb/2010	1163 a 1165	Rafael Molina Acosta	01/Feb/2016 a 31/Ene/2017	493 a 505 y 904 a 917
Fernando Díaz Bohórquez	01/Feb/2011 a 31/Ene/2012	1156 a 1161	Rafael Molina Acosta	01/03/2017 a 31/Ene/2018	892 a 903
Fernando Díaz Bohórquez	01/Feb/2012	1149 a 1155	Fernando Díaz Bohórquez	01/Feb/2015 a 31/01/2016	1134 a 1141
Fernando Díaz Bohórquez	Inicia 01/Feb/2013	641 a 652 y 1142 a 1148	Fernando Díaz Bohórquez	01/Feb/2016 a 31/Ene/2017	632 a 640 y 1121 a 1126
Fernando Díaz Bohórquez	01/Feb/2014 a 31/01/2015	1127 a 1133	Fernando Díaz Bohórquez	01/Mar/2017 a 31/Ene/2018	608 a 620 y 1109 a 1120



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00566 01
Ord. Fernando Díaz y Otros Vs Duquesa S.A.

Se recibieron los interrogatorios de parte del representante legal de la enjuiciada²⁵ y, de los demandantes Rafael Molina Acosta²⁶, Jorge Eliecer Rico Rincón²⁷, Diana Patricia Vargas Caro²⁸ y, Fernando Díaz Bohórquez²⁹, así como los testimonios de Lester Tierradentro

²⁵ CD Folio 2, Parte 2, Min. 00:20:40. Nelson Norbey Martínez, Contador Público. Dijo que los actores tenían un vínculo comercial con Duquesa S.A., bajo la figura de agencia comercial, no se les pagaba seguridad social en salud y pensión, firmaron contratos de agente comercial, no cumplían horario, conoció a Fernando Díaz, Jorge Rico y Rafael Molina como agentes comerciales, no había seguimiento porque se encontraban en lugares donde la empresa no tiene sede, se realizaban llamadas para tener información de las ventas, reuniones telefónicas para la parte de cartera y, una vez al mes el pago de comisiones, prestaban servicios personales, pero tenían libertad de hacerlo a través de personas diferentes, incluso Jorge Rico era reemplazado por su hijo a finales de año; no tenían jefe ni supervisor inmediato, los actores recibían pagos mensuales, Rafael Molina recibía de \$10'000.000.00 a \$11'000.000.00, luego de la presentación de las facturas, Jorge Rico entre \$5'000.000.00 y \$7'000.000.00, Fernando Díaz entre \$4'000.000.00 y \$6'000.000.00, no conoce respecto de Diana Vargas, tales pagos incluían cesantía comercial y, comisiones por venta y recaudo; la terminación de los contratos fue por cesación de los mismos y, porque la compañía estaba buscando otra estrategia comercial, para poder ejercer control. No se les hicieron llamados de atención; las llamadas y reuniones se hacían cada 8 días; la recuperación y/o recaudo de cartera se hacía todos los días, para efectos de liquidación de comisiones, la gestión de ventas podía hacerse cuando el agente quería, el límite solo era por ciertos productos, como por ejemplo aceites, Jorge Valencia supervisaba a los demandantes, pero no como una relación de trabajo, sino como una de carácter comercial.

²⁶ CD Folio 2, Parte 2, Min. 00:42:40. Rafael Molina Acosta. Manifestó que suscribió un contrato de agencia comercial con la demandada el 18 de septiembre de 2000, pero en realidad era de trabajo, que suscribió por la necesidad que tenía de laborar, luego firmó contratos el 01 de febrero de 2005, 01 de febrero de 2009, 01 de febrero de 2010 y, siete contratos más hasta el año 2017, la empresa creó una tabla de salarios para que no tuviera comisiones infinitas, la naturaleza de tales contratos fue de carácter comercial, pero estos no cumplieron los requisitos para ellos; recibía premios por ventas, capacitaciones, el 31 de enero de 2018 firmó un acta de liquidación, paz y salvo y acuerdo de transacción, donde se puso fin al contrato de agencia comercial y dedaraba a DUQUESA a paz y salvo por cualquier concepto, las actividades las desarrollaba en el Tolima, Huila y Caquetá, no tenía oficina, trabajaba como cualquier vendedor.

²⁷ CD Folio 2, Parte 2, Min. 00:57:10. Jorge Eliecer Rico Rincón. Señaló que suscribió un contrato de agencia comercial con la demandada, pero era un contrato de trabajo, entre 2005 a 2016 suscribió otros contratos de agencia comercial, mas en su esencia eran contratos de trabajo, aunque en esos contratos decía que eran de naturaleza comercial, firmó porque necesitaba el trabajo y a su edad era muy difícil conseguir empleo, cumplía horarios; el 31 de enero de 2018 firmó un acuerdo de transacción con DUQUESA; en una oportunidad fue reemplazado por su hijo, cuando tuvo una calamidad familiar, pero monitoreó la actividad; desarrolló actividades de agente comercial en Bucaramanga, Norte de Santander y Sur de Bolívar, no tenía oficinas ni personal a cargo, trabajaba personalmente en esas zonas.

²⁸ CD Folio 2, Parte 2, Min. 01:10:45. Diana Patricia Vargas Caro. Expresó que el 22 de abril de 2013 suscribió un contrato de agencia con DUQUESA para la comercialización de los productos de la compañía y, luego se dio cuenta que tenía funciones diferentes de empleada, como visitar clientes en horario de 8 a 5 de la tarde, reuniones, acompañamiento a la fuerza de ventas, abrir clientes nuevos, recaudo de cartera, organización de pedidos, programación de despachos, tuvo un jefe de ventas que eventualmente le hacía visitas para acompañamiento a los clientes, firmó otros contratos entre 2013 y 2017, porque necesitaba seguir laborando; el 31 de enero de 2018 firmó un paz y salvo y acuerdo de transacción con la demandada, porque todos los años les enviaban ese paz y salvo, no sabía que le iban a terminar su carrera laboral; el contrato decía que era de naturaleza comercial, sin embargo debía reportar todas sus funciones a la empresa, por línea telefónica o correo, ejecutaba sus actividades en Medellín y el oriente antioqueño como representante de Duquesa S.A., era vendedora ante los clientes, estaba autorizada para ello; no tenía oficina porque las visitas se hacían presenciales a los clientes.

²⁹ CD Folio 2, Parte 2, Min. 01:20:20. Fernando Díaz Bohórquez. Dijo que el 13 de octubre de 2000 suscribió un contrato de agencia comercial con la enjuiciada para la comercialización de productos, pero eso fue una simulación, toda vez que recibían un salario mensual, tenían un horario de 8 a 5 de Junes a viernes y, sábados de 8 a 1 de la tarde, reportaban y trabajaban bajo un contrato de trabajo, cumpliendo una cuota de ventas mensual, presupuesto, cuota de recaudos, un reporte semanal de precios, posteriormente firmó 10 contratos más, en iguales condiciones, nunca presentó oposición frente a dichos contratos; el 31 de enero de 2018 firmó un paz y salvo, debido a que todos los años se los hacían llegar, no realizó ningún reparo; desarrolló actividades en el departamento de Boyacá, no tenía oficina, su trabajo lo ejercía presencialmente, no manifestó nada frente al tipo de contratos, por necesidad.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00566 01
Ord. Fernando Díaz y Otros Vs Duquesa S.A.

Polanía³⁰, Blanca Cecilia Calderón³¹, Luz Angélica Lemus Rojas³², Juan de Jesús Cárdenas³³, Maricela López Tuberquia³⁴, Adelaida de Jesús Henao Marín³⁵, María Gladys Dugarte Sánchez³⁶, Andrés

³⁰ CD Folio 2, Parte 2, Min. 01:36:20. Lester Tierradentro Polanía, Bachiller – Tachado por sospecha –. Depuso que es amigo de Rafael Molina Acosta hace más o menos 20 años, tuvo negocios con Duquesa S.A., les compraba aceites, margarinas y mantecas, recibía visitas de Molina Acosta dos veces al mes en Neiva, sabe que venía de Ibagué, Tolima, iba a tomar pedidos e inventarios. Era atendido en horario de 8 a 5 de la tarde, se presentaba como representante de DUQUESA, siempre se presentó Fernando, el alguna oportunidad acompañado de un supervisor o gerente, en razón a auditorías. El horario de atención era de 8 a 5, pero el vendedor podía llegar a cualquier hora, esa visita podía demorar 30 a 40 minutos, Fernando le ofrecía los productos de DUQUESA, no sabe qué vínculo existía entre la empresa y el actor.

³¹ CD Folio 2, Parte 4, Min. 00:01:10. Blanca Cecilia Calderón – Tachada por sospecha –. Informó que rinde testimonio desde la residencia del señor Fernando Díaz quien fue su jefe durante 15 años, de 2005 a 2018 y se desempeñaba como mercaderista de una empresa temporal que tenía contrato con Duquesa S.A., surtiendo margarinas de mesa y cocina en autoservicios de Duitama, Sogamoso, Paipa y Tunja, tiene un proceso ordinario contra una temporal con la que trabajó hasta 2018, fue un despido sin justa causa el 30 de Julio de ese año; Fernando era su jefe inmediato, le indicaba hacia qué pueblo y almacenes debía dirigirse. El actor cumplía horario de 8 a 5 y en ocasiones debía desplazarse a Tunja desde las 07:00 a.m., como funciones debía reportarle al demandante los almacenes que visitaba en el día, si había faltantes, hacía degustaciones, no tiene conocimiento del salario del demandante, el jefe inmediato de Fernando era Juan Pablo Patiño, le rendía informes, desconoce la forma de control de la empresa sobre las labores del demandante, el actor era trabajador de DUQUESA. Visitaba los puntos de chispazos en Tunja, dos en Paipa, Canastas, Mercopolis y autoservicios en la plaza en Sogamoso, Paraiso y, autoservicios pequeños en Duitama, tenía diarios más o menos 17 autoservicios, algunos no eran de propiedad del señor Mario Hernández, habían más distribuidores, todos los días veía al señor Fernando Díaz, se encontraban en los distintos autoservicios en diferentes horarios, pero no toda la jornada, si no en algún momento del día, Juan Pablo Patiño venía de Bogotá y lo vio entre 3 o 4 veces con el señor Fernando, desconoce el tipo de contrato del señor Fernando Díaz con Duquesa S.A.

³² CD Folio 2, Parte 4, Min. 00:28:45. Luz Angélica Lemus Rojas, Psicóloga. Indicó que labora con una empresa llamada AICO, no tiene relación de parentesco, amistad o enemistad con Rafael Molina Acosta, trabajó como mercaderista de Duquesa S.A de 16 de Enero 2014 a Mayo de 2018 en la ciudad de Neiva y algunos pueblos del departamento del Huila, su labor era en los supermercados, se desplazaba directamente desde se casa a visitar los clientes, su trabajo era coordinado por Rafael Molina, tuvo contrato de trabajo con Duquesa S.A., por medio de una bolsa de empleo. Don Rafael asistía de 7 a 12 y de 12 a 5, realizaba personalmente su labor, el jefe inmediato era Juan Pablo Patiño, en desarrollo de su labor se percató que el señor Rafael y Juan Pablo mantenían conversaciones de trabajo, en ocasiones le preguntaban a ella, la labor del señor Rafael era controlada vía telefónica, lo requerían en caso de ausencias o llegadas tarde, Rafael Molina tenía que estar pendiente de su trabajo, atender los pedidos de los clientes, visitarlos y manejar el inventario. Algunos de los supermercados que visitaba eran de la Organización La Sierra, en Pitalito, los de Neiva y la Plata no pertenecían a esa organización; le consta el horario de Rafael porque frecuentemente se encontraban en los puntos donde estaba la testigo y se contactaban vía telefónica, él la llamaba en la mañana y le preguntaba acerca de la labor de surtir aceites, en la zona en la que estaba visitaba 3 o 4 mercados, Rafael llegaba y, mientras ella surtía, él visitaba los supermercados, podía demorarse hasta medio día con un cliente, no se veían todos los días, Rafael Molina se contactaba con Juan Pablo Patiño; el área de trabajo del señor Rafael eran los supermercados que visitaba.

³³ CD Folio 2, Parte 4, Min. 00:51:00. Juan de Jesús Cárdenas, Comerciante. Dijo que no tiene relación de parentesco, amistad o enemistad con el señor Fernando Díaz, tuvo vínculo con Duquesa S.A., le compraba aceite en el año 2016 para el negocio que tenía que se llamaba Surtitiendas en Sogamoso, le distribuían margarina y aceite a través de Distrisage y Distrinol; Fernando Díaz era quien le vendía el aceite, cada 15 días aproximadamente, se presentaba como vendedor de la empresa, lo visitaba a la hora que podía atenderlo, no sabe durante cuánto tiempo, sabe que desde 2016. Cada visita podía durar 4 a 5 horas.

³⁴ CD Folio 2, Parte 4, Min. 01:03:25. Maricela López Tuberquia, Auxiliar Contable. Mencionó que labora con Tropicana, no tiene relación de parentesco, amistad o enemistad con Diana Vargas, se vinculó con Duquesa S.A. a través de Diana Vargas, dado que ella era la ejecutiva comercial de Surtimedellín, de 2014 a 2018, manteniendo una relación netamente comercial. Diana Vargas iba entre 1 a 2 veces por semana como lo requería el grupo de ventas o, cuando había reuniones con gerencia, en ese momento era auxiliar contable administrativa de Surtimedellín, hacía la recepción y agendaba las citas con los comerciales. Diana Patricia Vargas le comentaba que cumplía un horario de 8:00 a.m a 5:00 p.m, se presentaba como agente comercial de DUQUESA; en el área de ventas citaba a la señora Diana 06:30 a.m. o 7:00 a.m. porque en esta área salía a hacer visitas a partir de las 08:00 am, estas reuniones duraban una hora, conoce que Diana Vargas fue despedida de DUQUESA porque ese día estaba reunida con la gerente de la empresa, tal despido fue por medio de una llamada. No le consta el horario de Diana Vargas, también le manifestó que fue despedida.

³⁵ CD Folio 2, Parte 5, Min. 00:00:50. Adelaida de Jesús Henao Marín, Administradora de Empresas. Señaló que conoce a Diana Patricia Vargas Caro, sabe que trabajó con DUQUESA, siempre se presentaba como ejecutiva de esa empresa, lo sabe porque se la encontraba en diferentes sitios de los clientes que atendían.

³⁶ CD Folio 2, Parte 5, Min. 00:09:50. María Gladys Dugarte Sánchez, Bacterióloga – Tachada por sospecha –. Informó que es la esposa de Jorge Eliecer Rico Rincón, sabe que DUQUESA es una empresa fabricante de grasas que queda en Bogotá, en Fontibón, Jorge Eliecer atendía desde Santander, lo que hacía era visitar clientes viajando a Aguachica, Ocaña, Pamplona y Cúcuta, también atendía desde Bucaramanga, Jorge Eliecer hacía informes de ventas, despachos, quejas y lo que tuviera que ver con la venta y su cobro, cumplía un horario desde antes de las 8:00 a.m., comunicándose con Nancy, Claudia y Doris, quienes eran de despachos, cartera y créditos, luego salía a visitar clientes, programaba seminarios y, asesorías a la fuerza de ventas; cuando inició en esa zona, los productos no se conocían, entonces habían clientes especiales a los que enviaban vendedores para promocionarlos, recibía sueldos variables, lo último estuvo entre \$5'000.000.00 y \$7'000.000.00; el día que lo despedieron, se encontraban en la UCI porque el actor había acabado de sufrir una angina de pecho, como era pensionado, no le pagaban seguridad social.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00566 01
Ord. Fernando Díaz y Otros Vs Duquesa S.A.

Felipe Rico Dugarte³⁷, Carlos Felipe Suárez Franco³⁸, Jorge Enrique Valencia³⁹, Juan Pablo Patiño⁴⁰ y, José María Escobar⁴¹.

³⁷ CD Folio 2, Parte 5, Min. 00:25:35. Andrés Felipe Rico Dugarte, Ingeniero Industrial – Tachado por sospecha –. Indicó que es hijo de Jorge Eliecer Rico Rincón, conoce que DUQUESA es una empresa que comercializa productos derivados del aceite de palma africana, cuya casa matriz está en Bogotá, sabe que su padre fue trabajador de esa empresa, firmó contratos, todos los años viajaba en febrero a Bogotá. El actor cumplía un horario, siempre le manifestaba que entraba a las 08:00 a.m. y llegaba a las 06:00 p.m. a la casa, le pagaban mensualmente, sus funciones eran como agente comercial, debía vender los productos de la empresa, una vez Juan Pablo Patiño, jefe de Jorge Eliecer, fue a Bucaramanga y le pidieron el favor que lo transportara yendo a los diferentes clientes; si no cumplía sus funciones lo llamaban Nancy, Claudia, Doris o Juan Pablo a pedirle informes, el cual se llamaba pago detallado con el que se informaba a la empresa cómo se realizaban los pagos de cada uno de los clientes, lo cual recuerda porque le ayudaba con los temas informáticos a su padre, esos informes eran mensuales, lo despidieron sin previo aviso, cuando se encontraba en la UCI.

³⁸ CD Folio 2, Parte 5, Min. 00:41:00. Carlos Felipe Suárez Franco, Abogado – Tachado por sospecha –. Manifestó que es socio de una firma de abogados que se dedica a asesorar empresas en temas comerciales, entre estas a DUQUESA; en octubre y noviembre de 2017 revisó los contratos que la empresa firmó con sus agentes comerciales, por lo que emitió un concepto en el que se precisó la forma de ejecución y en la que se podían terminar, debido a que los agentes comerciales no estaban generando los resultados queridos por la compañía; se firmaron cuatro contratos, adicionado en cuanto al pago de la cesantía comercial, el primero fue de duración indefinida y los siguientes fueron con plazo determinado, en todos los contratos el objeto fue la explotación de los productos de la empresa; la terminación de los contratos se notificó por escrito y se indicó cómo sería la liquidación, el contenido del acta final contenía las ventas del último periodo para calcular las comisiones y el último pago, ninguno de los demandantes se opuso al contenido de los contratos de agencia o su liquidación; los actores tenían la calidad de representantes comerciales ante sus clientes, los demandantes no tenían jefes, si tenían coordinación que preveía unos presupuestos de venta mínimos para determinar que la gestión de los agentes fuera rentable. Los actores no cumplían horario, eran autónomos, la coordinación recaía sobre las promociones que podían aplicar, los precios que podían asignar y, cuestiones de inventarios de productos, no sabe cada cuánto se hacía, el área comercial verificaba el cumplimiento de parámetros por los actores.

³⁹ CD Folio 2, Parte 5, Min. 01:25:00. Jorge Enrique Valencia, Administrador. Señaló que conoció a los demandantes como agentes comerciales de DUQUESA cuando fue su gerente por 16 años, tuvo la oportunidad de participar en el modelo de implementación de los agentes comerciales, dicho modelo tenía contratos anuales que se vencían cada año, previo a la presentación de unos paz y salvos, tales contratos duraron alrededor de 15 años, la vinculación era muy independiente, se manejaba con responsabilidad, dado que no tenían oficinas en ninguna parte del país, operaban desde sus casas, rendían informes sobre la gestión de cobros, consignaciones en los bancos, conversaban una vez por semana, informándose los cambios de precios, políticas promocionales, mecánicas cuando iban a hacer algún tipo de promoción, no se trataba de labores de monitoreo de las tareas, la gestión era independiente; no tenían horario, su obligación era generar ventas y cobros, realizar pedidos y reportar consignaciones, aunque obviamente existían unos horarios para que esas labores se transmitieran a los servidores de la compañía, los agentes atendían distribuidores exclusivos de DUQUESA y, potenciales que la empresa autorizara, había una reunión anual que duraba un par de días en Bogotá, en la que se hacía la presentación del año siguiente, qué iban a hacer en todos los territorios, era entre enero y febrero, no se imponían sanciones, lo que existía era un presupuesto que se entregaba al distribuidor que era el que fijaba los objetivos de la firma, el agente facilitaba esa tarea al distribuidor; no existían salarios ni prestaciones, solo comisiones por recaudo efectivo, cada año a la finalización del contrato se evaluaba la continuidad de la contratación; los planes de trabajo eran enfocados al distribuidor, quien tenía la infraestructura para realizar la distribución, los mercaderistas se encargaban de impulsar y colocar el producto y, actividades de *merchandising* o actividades de puntos de venta, solo hubo un caso que se tuvo a través de una agencia temporal; el canal de comunicación era el agente comercial; los agentes comerciales nunca le manifestaron inconformidad frente a su contratación, no impartían órdenes, los cambios de la compañía se comunicaban por medio de correo electrónico, por ejemplo cambios de precios, los agentes comerciales tenían exclusividad con los productos de la empresa, pero podían vender de otro tipo; el caso de Jorge Rico es que cuando el necesitaba ausentarse, lo reemplazaba su hijo, pero en general no era una tarea que se pudiera tercerizar, cuando un agente tenía una situación particular, se lo notificaba a la compañía y así podían saber que la gente estaba por fuera, aunque muchos de los distribuidores efectuaban tareas de manera virtual, lo único que se pedía es que procuraran avisar con tiempo; los agentes cotizaban al sistema de seguridad social como independientes, la empresa brindaba unos apoyos económicos para garantizar esos pagos. Los contratos suscritos no eran renovados automáticamente, entre cada contrato existía una interrupción de 15 a 20 días; era supervisor directo de los demandantes, como quiera que era gerente de la compañía; Rafael en promedio ganaba \$10'000.000.00.

⁴⁰ CD Folio 2, Parte 6, Min. 00:02:00. Juan Pablo Patiño, Administrador de Empresas. Dijo que trabaja en una compañía de Bogotá en la regional de Antioquia, conoció a los demandantes cuando trabajó en Duquesa S.A., de octubre de 2016 a junio de 2019, el cargo que tenía era jefe de ventas, cuando entró ellos ya trabajaban, fueron desvinculados de la empresa por decisión de esta, dado que querían cambiar las figuras de agentes comerciales y arrancar un proceso de fuerza directa de ventas. Las actividades desarrolladas por los demandantes, en virtud de unos contratos de agencia comercial, eran las de hacer movimientos comerciales en determinada zona y podían manejar cualquier tipo de clientes, se les pagaban comisiones sobre lo negociado cada mes, no debían cumplir horarios, no tenían que pedir permisos, solo informaban, tampoco tenían meta comercial, no les daba órdenes ni instrucciones a los actores, la relación con estos era de colaboración comercial para lograr mejores ventas, podían comercializar productos de otras empresas; la terminación de los contratos se hizo al decidir no renovarlos, para liquidar los pagos, cada contrato tenía su tabla, los actores debían pagar la seguridad social, no tenían sedes en ninguna ciudad, no contaban con jefes. Las comisiones se pagaban mensualmente a los demandantes, no tenían horarios, el control se hacía con reuniones con los clientes, sabe que algunas personas vendían automóviles, temas de salud y otras cosas, no tenían supervisor directo, los contratos tenían unas tablas de cartera y dependían de los pagos puntuales.

⁴¹ CD Folio 2, Parte 6, Min. 00:26:00. José María Escobar Cardozo, Administrador de Empresas. Es miembro de la Junta Directiva de DUQUESA hace 5 años, conoce de nombre a los demandantes, nunca los vio. La Junta directiva vio un deterioro en la compañía, por lo que estudiaron las partes productiva, administrativa y, relaciones humanas de la empresa, cuestionándose sobre la forma y precios de venta de sus productos, decidiendo que era necesario tener un control sobre el personal de ventas, siendo necesario terminar los contratos de los agentes, asesorándose de abogados para ello, la empresa nunca engañó a los agentes, no se impartían órdenes, tanto que no se les podía exigir resultados, no existieron reclamaciones ante la empresa, los pagos que se hacían correspondían a comisiones, debían estar afiliados a seguridad social, pero no a través de la empresa, no tenían jefe, se le advirtió a Juan Patiño que ellos no eran sus vendedores, no tenían que cumplir horario ni pasar a la fábrica, la empresa no tenía oficinas fuera de Bogotá, en la



Cabe precisar, que los testimonios de Lester Tierradentro Polanía, Blanca Cecilia Calderón, María Gladys Dugarte Sánchez, Andrés Felipe Rico Dugarte y, Carlos Felipe Suárez Franco, 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 los demandantes prestaron servicios personales como Agentes Comerciales a Duquesa S.A., en desarrollo de los contratos de agencia comercial suscritos, relacionados en el cuadro inserto a folios 8 a 9: (i) Rafael Molina Acosta 11 contratos entre 18 de septiembre de 2000 y 31 de enero de 2018; (ii) Jorge Eliecer Rico Rincón 12 contratos entre 01 de marzo de 2001 y 31 de enero de 2018; (iii) Diana Patricia Vargas Caro 6 contratos entre 01 de julio de 2013 y 31 de enero de 2018; (iv) Fernando Díaz Bohórquez 11 contratos entre 13 de octubre de 2000 y 31 de enero de 2018; situaciones fácticas que se coligen de los acuerdos comerciales⁴² y, lo aseverado por las partes en sus interrogatorios.

En este orden, obraría a favor de los accionantes la presunción que dichas labores se encontraban regidas por un contrato de trabajo, entonces, correspondía a la parte enjuiciada acreditar el hecho

actualidad sí. El control eran los resultados que eran verificados por la administración de la empresa, no sabe si los demandantes estaban inscritos en cámara y comercio o si tributaban a la DIAN como comerciantes, los contratos de los agentes se renovaban anualmente, habían interrupciones de días, se pactaban cesantías comerciales, las comisiones se pagaban mensualmente.

⁴² Folios 43 a 49, 57 a 59, 68 a 84, 86 a 100, 102 a 114, 116 a 163, 309 a 319, 451 a 465, 467 a 491, 493 a 505, 507 a 557, 608 a 620, 622 a 630, 632 a 657, 892 a 958, 960 a 973, 978 a 983 y 991 a 999, 1008 a 1012, 1109 a 1161, 1163 a 1179, 1184 a 1187, 1238 a 1247, 1258 a 1277, 1305 a 1309, 1313 a 1319, 1324 a 1336, 1338 a 1346, 1347 a 1358, 1361 a 1388.



contrario al presumido, esto es, que las labores fueron autónomas e independientes.

En el examine, DUQUESA desvirtuó la presunción anterior, en tanto, los contratos de agencia comercial aportados tenían por objeto, entre otros: *“la Asesoría Técnica y Comercialización de Aceites, Margarinas, Mantecas y artículos similares que efectuará EL AGENTE dentro del territorio asignado por EL EMPRESARIO”*, *“la promoción, comercialización, recaudo de cartera y venta a nombre de él, de Aceites, Margarinas y Mantecas, venta que efectuará EL AGENTE, dentro del territorio asignado por EL EMPRESARIO”*, *“la promoción y comercialización a los clientes (...) de LA EMPRESA de aceites, mantecas y artículos que elabore o distribuya”*, *“llevar a cabo la promoción y comercialización a los clientes (...) de LA EMPRESA del portafolio de productos definidos para el territorio”*, acuerdo mediante el que los convocantes desarrollaron sus actividades en diferentes sitios del territorio nacional según su lugar de domicilio o residencia, en procura del cumplimiento de dichos objetivos, (i) Rafael Molina Acosta, en el Departamento del Huila, (ii) Jorge Eliecer Rico Rincón, en los municipios de San Gil, Pie de Cuesta, Bucaramanga, Pamplona y Cúcuta, (iii) Diana Patricia Vargas Caro en el Departamento de Antioquia y, (iv) Fernando Díaz Bohórquez en el Departamento de Boyacá. Siendo ello así, los accionantes fungían como representantes comerciales independientes de la sociedad demandada, que imponía recibir instrucciones de la empresa en cuanto a precios de los productos, formas de pago, condiciones de entrega y garantías, por ende, rendir informes relacionados con estos temas, sin que ello configurara la alegada subordinación jurídica.



Cumple precisar que en los términos del artículo 1317⁴³ del Código de Comercio, el contrato de agencia es aquel en que un comerciante asume en forma independiente el encargo de promover o explotar negocios de un determinado ramo al interior de una zona prefijada y; con arreglo al artículo 1321 *ibidem*⁴⁴, el agente cumplirá tal encargo conforme a las instrucciones recibidas, siendo posible que rinda informes relativos a las condiciones del mercado en la respectiva zona, así como los que sean de utilidad.

En el asunto, el representante legal de la enjuiciada explicó que a los demandantes los contactaban telefónicamente y por esta vía hacían reuniones para obtener información de las ventas y, lo referente a cartera, además, los testigos Luz Angélica Lemus Rojas y Juan Pablo Patiño narraron que a Molina Acosta lo controlaban vía telefónica y, se ejercía ese control a través de las reuniones con los clientes, situaciones que con arreglo a los preceptos en cita son propias del contrato de agencia comercial que existió entre las partes, que además resultaban indispensables para su cumplimiento, en este sentido, la forma en que se desarrollaron los contratos de agencia comercial con el rendimiento de informes, sujetándose a unas precisas instrucciones y directrices correspondía a las facultades de la empresa al procurar la integridad de sus productos, propender por el desarrollo de su imagen y, establecer directrices de calidad, distribución y venta, sin que de ello se pueda inferir que la autonomía del agente comercial se desvirtuará, porque, el empresario impusiera reglas de mercadeo para la colocación de los bienes o servicios que comercializaba⁴⁵.

⁴³ ARTÍCULO 1317. Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

⁴⁴ ARTÍCULO 1321. El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.

⁴⁵ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 46874 de 19 de julio de 2016.



En adición a lo anterior, cabe precisar, que las comunicaciones que a continuación se relacionan fueron dirigidas a **todos** los agentes comerciales de la enjuiciada, no de forma específica a alguno de los demandantes, sin que implicara el cumplimiento de una particular labor, dentro de un horario establecido y, bajo dependencia y subordinación, pues, los únicos escritos remitidos de forma personal aludían a algún pago y/o corrección de estos: 12 de julio de 2006, “desempeño del primer semestre de 2006”, 22 de septiembre de 2008, “fecha de grabación de consignaciones”, 10 de septiembre de 2009, “atención de reclamos “VENMER – SC – 10 – F”, 06 de mayo de 2010, “revisión comisiones”, 27 de agosto de 2010, “planes de trabajo con aliados”, 25 de enero de 2011, “contratos agentes comerciales 2011”, 05 de diciembre de 2011, “ranking acumulado a noviembre de 2011”, 21 de enero de 2016, “políticas y procedimientos tesorería y cartera”, 14 de octubre de 2016, “realización de encuesta de satisfacción a clientes” y, 28 de noviembre de 2017, “cierre fin de año”⁴⁶. En consecuencia, se confirma la decisión 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 expresadas en precedencia.

⁴⁶ Folios 226 a 236, 275, 280 a 282, 293 a 300, 418 a 419, 705 a 710 y 1061 a 1062.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00566 01
Ord. Fernando Díaz y Otros Vs Duquesa S.A.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

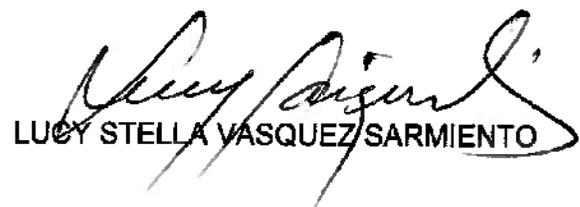
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE OLGA VIRGINIA MARÍA DEL PILAR ALZATE PÉREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 PROTECCIÓN, OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta administradora, respecto de



las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 13 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, así como los posteriores a PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., en consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes sufragados en el RAIS, la Administradora del RPM debe recibirlos y actualizar su historia laboral, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 14 de agosto de 1962, inició su vida laboral el 11 de agosto de 1987, cotizando 1489.57 como servidora pública y trabajadora privada; el 04 de diciembre de 1995 se trasladó a la AFP COLMENA antes DAVIVIR luego SANTANDER hoy PROTECCIÓN, cuando contaba con 404.14 semanas de cotización; en octubre de 2004 se cambió a la AFP SKANDIA, luego pasó a PORVENIR S.A. y, finalmente a OLD MUTUAL S.A., sin que alguna de estas AFP le suministrara información acerca de las consecuencias de permanecer en el RAIS, ni la posibilidad que tenía de regresar al RPM, tampoco un estudio comparativo entre regímenes. El 08 de marzo de 2018, solicitó a OLD MUTUAL S.A. copia de la liquidación de su bono pensional, proyección de su mesada e información sobre sus aportes y rendimientos, recibiendo respuesta el siguiente día 28, en que se le indicó que el saldo de su cuenta era

¹ Folios 3 a 4.



\$510.897.576.00, con un bono pensional equivalente a \$182.217.317.00 y, que a los 57 años su pensión sería de \$3'150.000.00; el 17 de mayo de 2018 petitionó a PROTECCIÓN y a OLD MUTUAL S.A. la nulidad de su traslado de régimen, al día siguiente solicitó a PORVENIR S.A., la señalada nulidad, pedimento negado por las AFP; el 02 de octubre de 2018, presentó igual solicitud a COLPENSIONES, negada ese mismo día².

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 *data* de nacimiento de la actora y, la petición mencionada con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y, su buena fe³.

Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. presentó oposición respecto de las pretensiones en su contra, en cuanto a la situación fáctica, admitió la calenda de nacimiento de la actora, la afiliación esa AFP y el posterior traslado horizontal, así como las solicitudes presentadas con sus respuestas. Propuso como excepciones las de prescripción, su buena fe, genérica, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación⁴.

² Folios 4 a 7.

³ Folios 127 a 133.

⁴ Folios 151 a 164.



La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. rechazó los pedimentos, en cuanto a la fundamentación fáctica aceptó la presentación de una petición ante esa AFP. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS mediante COLMENA y DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y, genérica⁵.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó que la demandante le presentó una petición de nulidad de traslado y, la respuesta negativa. En su defensa excepcionó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe⁶.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de Olga Virginia María del Pilar Álzate Pérez a PROTECCIÓN S.A. suscrita el 04 de diciembre de 1995, por ende, para efectos legales nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo siempre en el RPM, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y OLD MUTUAL S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual, con rendimientos financieros y, gastos de administración, dineros que la Administradora del RPM debe recibir,

⁵ Folios 210 a 219.

⁶ Folios 242 a 263.



declaró no probada la excepción de prescripción, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos e, impuso costas a las AFP enjuiciadas⁷.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las administradoras convocadas a juicio interpusieron sendos recursos de apelación⁸.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES en resumen expuso, que en este caso se configura la causal del artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003, además, la demandante aceptó que su traslado fue voluntario y, permaneció más de 24 años en el RAIS, trasladándose de forma horizontal; la actora es profesional en derecho, fue Magistrada y Juez, condición por la que no puede alegar omisión o eximente de responsabilidad por desconocimiento de la norma o, requisitos o prohibiciones frente a los traslados, en tanto, conocía de cambios normativos y reformas laborales, por ser de público conocimiento; tampoco existió fuerza, error o dolo en los traslados horizontales de la demandante, por el contrario, fueron libres. La decisión del *a quo* atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. en suma arguyó, que no se analizó el interrogatorio de la actora en

⁷ CD y Acta de Audiencia, folios 284 a 286.

⁸ CD Folio 284.



que confesó conocer las características propias del RAIS y sus diferencias con el RPM, que era la obligación informar por esa Administradora, por ello, su decisión de traslado de régimen estuvo debidamente informada; no se evidencia vulneración de derecho pensional, entonces, no procede la devolución de gastos de administración, tampoco existe soporte legal para hacerlo.

Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. en síntesis señaló, que los gastos de administración son una contraprestación para el afiliado, tienen una doble naturaleza para pago de póliza de riesgos de invalidez o muerte de la que fue beneficiaria la demandante, a pesar de no haberse efectivizado, a su vez, la Ley 100 de 1993 autorizó el descuento por gastos de administración de los dineros de la cuenta individual; ahora, si se pretende entender que la afiliación nunca ocurrió, no se hubieran generado rendimientos por la administración de los dineros de la cuenta individual, que no se causan en el RPM, ocasionando enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, más cuando no se ha analizado si los rendimientos cubren los gastos en que incurriría la Administradora del RPM ante un eventual reconocimiento pensional.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en suma señaló, que la sentencia es incongruente con lo sucedido en el proceso, dado que, no se ponderaron de manera integral las pruebas obtenidas, como la confesión de la demandante de conocer las características de los regímenes pensionales, los diferentes traslados horizontales que ratificaron su deseo de permanecer en el RAIS, se desconoció que la accionante aprovechó los beneficios del



RAIS y, su calidad de abogada con conocimientos específicos, es decir, no se trató de una afiliada *lego*. Fue evidente el desinterés de la actora en retornar al RPM, pues, jamás intentó regresar por malas experiencias familiares; tampoco tenía una situación pensional consolidada al momento de su traslado. En lo que tiene que ver con los gastos de administración, esa AFP no es la que administra los recursos de la cuenta individual de ahorro, debido al traslado a OLD MUTUAL, por ello, su devolución genera un enriquecimiento sin causa, más cuando su descuento también está autorizado en el RPM. Se les debe relevar de condena en costas.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Olga Virginia María del Pilar Álzate Pérez estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales – ISS de 05 de septiembre de 1988 a 31 de diciembre de 1995, aportando 222.86 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de manera ininterrumpida, a través de varios empleadores; el 04 de diciembre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a la AFP COLMENA hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., efectivo el 01 de enero de 1996; el 16 de julio de 1998, se cambió a la AFP ING hoy PROTECCIÓN; el 04 de octubre de 2004, pasó a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; el 02 de diciembre de 2009 se cambió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y, el 06 de junio de 2017, regresó a OLD MUTUAL S.A.; situaciones fácticas que se infieren de los formularios de vinculación a las AFP demandadas⁹, del reporte

⁹ Folios 44, 45, 168, 169, 183, 221 a 223 y 264.



de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES¹⁰, las historias laborales consolidada¹¹ y válida para bono pensional¹² y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹³.

Álzate Pérez nació el 14 de agosto de 1962, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁴.

El 08 de marzo de 2018¹⁵, la demandante solicitó a OLD MUTUAL S.A. la liquidación provisional del bono pensional, proyección de su mesada e, información de su cuenta individual de ahorro, recibiendo respuesta el siguiente día 28¹⁶; el 17 de mayo de 2018¹⁷, peticionó a OLD MUTUAL S.A. la anulación de su traslado y, la documentación referente a su afiliación; los días 18¹⁸ y 22¹⁹ de mayo de ese año, presentó igual solicitud a PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A. El 05 de junio de 2018²⁰, OLD MUTUAL S.A. negó lo pedido, arguyendo que la actora escogió libremente ese Fondo, luego de haberse trasladado inicialmente desde otra administradora del RAIS; el siguiente día 08²¹, PROTECCIÓN negó la anulación de la afiliación a esa AFP, porque, se presume legal y solo lo puede desvirtuar la autoridad competente; el día 15 de los referidos mes y año²², PORVENIR S.A. negó el pedimento, pues, la afiliación a esa AFP fue libre, voluntaria y, sin presiones. El 02 de octubre de 2018²³, la demandante radicó formulario de afiliación ante COLPENSIONES,

¹⁰ CD Folio 126.

¹¹ Folios 170 a 175.

¹² Folios 56 a 66 y 176 a 178.

¹³ Folios 220 y 266 a 267.

¹⁴ Folio 22 y CD Folio 126.

¹⁵ Folios 46 y 181.

¹⁶ Folios 47 a 48 y 182.

¹⁷ Folios 49 a 50 y 180.

¹⁸ Folios 53 a 55.

¹⁹ Folios 51 a 52.

²⁰ Folios 69 a 71 y 179.

²¹ Folio 84.

²² Folios 67 a 68.

²³ Folio 72.



rechazado porque, se encontraba a menos de 10 años del requisito de edad para pensionarse²⁴.

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

NULIDAD 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) certificaciones laborales emitidas por el Instituto Nacional de Radio y Televisión²⁵, la sociedad Rafael Espinosa Hermanos y Compañía S.C.A.²⁶, la Contraloría de Santa Fe de Bogotá D.C.²⁷, el

²⁴ Folio 73.

²⁵ Folio 23.

²⁶ Folio 24.

²⁷ Folio 25.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 018 2019 00344 01
Ord. Olga Álzate Vs. Colpensiones y otros

Ministerio de Justicia y del Derecho²⁸, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA²⁹, el Instituto de Seguro Social – ISS³⁰, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³¹, la empresa Terminales Automotrices S.A.³², la Cámara de Comercio de Bogotá³³, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE³⁴ y, el Instituto Distrital de las Artes³⁵, (ii) certificados de existencia y representación legal de las AFP convocadas a juicio³⁶, (iii) expediente administrativo de la actora, aportado por COLPENSIONES³⁷ y, (iv) estados de cuenta expedidos por OLD MUTUAL S.A.³⁸, PROTECCIÓN³⁹ y, PORVENIR S.A.⁴⁰ También se recibió el interrogatorio de parte de Álzate Pérez⁴¹.

Ahora, en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, suscrito por la actora el día 04 de diciembre de 1995⁴², se lee:

²⁸ Folios 26 a 30.

²⁹ Folios 31 a 32.

³⁰ Folio 33.

³¹ Folio 34.

³² Folio 35.

³³ Folios 36 a 38.

³⁴ Folios 39 a 41.

³⁵ Folios 42 a 43.

³⁶ Folios 85 a 116, 138 a 139, 165 a 166 y 205 a 209.

³⁷ CD Folios 126.

³⁸ Folios 184 a 189.

³⁹ Folios 225 a 235.

⁴⁰ Folios 268 a 278.

⁴¹ CD Folio 284, min. 00:16:30. Olga Virginia María del Pilar Álzate Pérez, Abogada. Dijo que es Juez 44 Administrativa de esta ciudad; inició a laborar desde 1985, realizando cotizaciones al Seguro Social, luego trabajando con la Contraloría realizó aportes a la Caja de Previsión del Distrito, más adelante agentes comerciales de DAVIVIR se acercaron a la entidad, hicieron una exposición de 5 a 10 minutos aproximadamente, donde le indicaron que las cajas de previsión nacionales y distritales se iban a terminar, así como el ISS, por lo que debía hacer un ahorro individual que en caso de fallecer, ese ahorro sería sucedido; no fue presionada para firmar el formulario de vinculación, se trasladó libremente, no se acercó al ISS a corroborar la información, no contó con tiempo para solicitar el retorno al RPM, ya era abogada al momento del traslado. Le explicaron que como las cajas de previsión se iban a acabar y, que la Ley 100 de 1993 crearon esa situación más ventajosa por ser un ahorro personal que se podía heredar; fue Jefe de Asesoría Jurídica en Inravisión, encargándose de la representación judicial y extra judicial del Estado y contratación; al trasladarse a COLMENA conocía que se necesitaban unas semanas y edad para pensionarse, no conocía los requisitos para esto en CAPRECOM, también fue Magistrada del Tribunal Administrativo; no le brindaron información acerca de las ventajas y desventajas de cada sistema, ni que antes de los 47 años podía regresar al RPM, nunca presentó reclamación frente a su afiliación antes de la demanda. Conoció a SKANDIA por una visita de un agente comercial en su oficina en la Cámara de Comercio de Bogotá, con esa entidad tiene un fondo destinado a vivienda, se retiró de SKANDIA y regresó a esa AFP en 2017. Prestó servicios para el ISS en 2003, como Asesora en materia de contratación y prestación del servicio de salud, realizó cotizaciones como independiente; todos los traslados los realizó por visitas de asesores a su lugar de trabajo; su madre tuvo una mala experiencia en el RPM, por lo que tuvo que demandar a CAJANAL, a pesar que es de público conocimiento que existe múltiple jurisprudencia acerca de los factores salariales para liquidar la pensión; cuando fue a preguntar si se podía pensionar anticipadamente, le indicaron que el bono pensional se redimía a los 60 años.

⁴² Folio 54.



"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA 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".

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN suministrara información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado en el 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 ordinaria⁴³; 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..."*⁴⁴.

Es que, recaía en la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN 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

⁴³CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

⁴⁴CSJ, 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, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible⁴⁵.

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 actora se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de las siguientes, en este orden, OLD MUTUAL S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Olga Virginia María del Pilar Álzate Pérez, 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,

⁴⁵ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



también debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades de los fondos, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM⁴⁶, en tal sentido, se confirmará el fallo de primer grado.

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

Y, si bien las AFP COLMENA e ING hoy PROTECCIÓN y, PORVENIR S.A., en su oportunidad remitieron la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la demandante, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no las exime de devolver los valores cobrados por gastos de administración, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido se confirmará el fallo apelado y consultado.

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 pensión⁴⁷, 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

⁴⁶ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.

⁴⁷ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada, también en este aspecto.

Finalmente, cabe precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por 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, adoptando 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 Abogada de la actora no eximía a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN 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



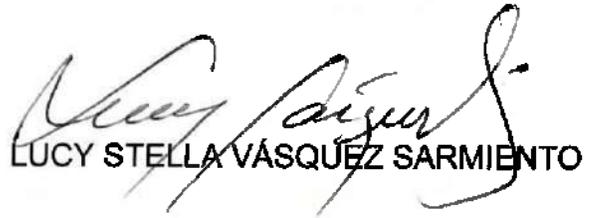
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 018 2019 00344 01
Ord. Olga Alzate Vs. Colpensiones y otros

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



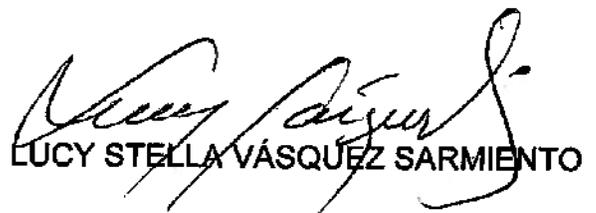
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 CRISTINA ELIZABETH DÁVILA RUEDA CONTRA PROCARDIO HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO DE CUNDINAMARCA Y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA LA GESTIÓN PROACTIVOS OC CTA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 la demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 03 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó se declare la existencia de un contrato de trabajo con la CTA PROACTIVOS, la responsabilidad solidaria de la UT Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca para el pago de prestaciones e indemnizaciones, en consecuencia, se le reconozca indemnización por terminación injusta del vínculo laboral, auxilio de cesantías con intereses, primas legales, moratoria, reliquidación de vacaciones e incapacidades, ultra y extra *petita* y, costas¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 07 de junio de 2011 suscribió convenio de trabajo autogestionario con la CTA PROACTIVOS, como trabajadora de la UT Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca *"HOY PROCARDIO HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO DE CUNDINAMARCA"* (sic), en el cargo de Subdirectora de Mercadeo y Ventas, con una remuneración mensual de \$4'200.000.00, relación vigente hasta 07 de octubre de 2013, acató órdenes del Director General del *"PROCARDIO HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO DE CUNDINAMARCA"* (sic), en horario de 07:00 a.m. a 05:30 p.m., sin que le hicieran llamados de atención; nunca aportó capital o fue gestora de CTA PROACTIVOS, ni participó en las actividades o administración de la Cooperativa, tampoco trabajó para CTA sino para *"PROCARDIO HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO DE CUNDINAMARCA"* (sic); a la terminación del contrato recibió el 50% de la liquidación y nueve meses

¹ Folios 161 a 162.



después el restante 50%, no le pagaron las indemnizaciones por falta de pago oportuno de prestaciones, ni por despido injusto².

El *a quo* inadmitió el *libelo incoatorio*, solicitando a Cristina Elizabeth Dávila Rueda que aportara un nuevo certificado de existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado para la Gestión Proactivos OC CTA y del Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca³; la demandante allegó la documentación de la CTA y, el certificado de Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S.⁴, persona jurídica diferente a la demandada y a la “UT Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca”, respecto de las que no anexó certificado alguno, con todo, el juzgador de conocimiento admitió la demanda en los precisos términos solicitados por la accionante, contra la Cooperativa de Trabajo Asociado para la Gestión Proactivos OC CTA y Procardio Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca⁵.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S. Sucursal Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, no admitió los hechos. En su defensa propuso las excepciones de

² Folios 162 a 163.

³ Folio 171.

⁴ Folios 173 a 180.

⁵ Folio 181.



inexistencia de los elementos esenciales de la relación laboral, inexistencia de la obligación, indebida integración del *litis* consorcio, carencia en la causa por pasiva de persona jurídica e, innominada⁶.

La Cooperativa de Trabajo Asociado para la Gestión Proactivos OC CTA rechazó los pedimentos, sin aceptar la fundamentación fáctica. Presentó las excepciones de prescripción y, genérica⁷.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a la Cooperativa de Trabajo Asociado para la Gestión Proactivos OC CTA y a Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S. Sucursal Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido y, prescripción e; impuso costas a la actora⁸.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Cristina Elizabeth Dávila Rueda afirma que prestó servicios a la Cooperativa de Trabajo Asociado Proactivos OC CTA, en desarrollo de

⁶ Folios 194 a 204.

⁷ Folios 247 a 250.

⁸ CD y Acta de Audiencia, folios 291 a 293.



un contrato de trabajo vigente de 07 de septiembre de 2011 a 06 de octubre de 2013, desempeñando el cargo de Subdirectora de Mercadeo y Ventas, con un salario mensual de \$4'200.000.00.

La Cooperativa de Trabajo Asociado Proactivos OC CTA y Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S., niegan la existencia de una vinculación contractual laboral.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta.

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 este respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución del servicio.

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 subordinación⁹.

Ahora, con arreglo al artículo 70 de la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios.

Cumple señalar, que estas formas asociativas no se pueden utilizar para vulnerar garantías laborales y evadir las obligaciones que genera un verdadero contrato de trabajo. Es en estos casos, cuando una CTA actúa como empresa de intermediación laboral y, en virtud de un denominado contrato de prestación de servicios con un tercero, utiliza la calidad de asociados para vincular trabajadores a su servicio y emplear su mano de obra a favor de aquel, generando una relación subordinada y dependiente respecto de la parte contratante, a cambio de una contraprestación, disfrazada bajo el concepto de compensación característico del convenio asociativo, desnaturalizando el trabajo cooperativo y, configurando los elementos esenciales de un contrato laboral, que en virtud del principio de primacía de la realidad, conlleva la imposición de las obligaciones de una relación de trabajo, en cuyo caso, cualquier acreencia derivada de ella estaría a cargo, tanto del tercero contratante en calidad de empleador como de la cooperativa,

⁹ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 44519 de 29 de julio de 2015 y 62373 de 24 de julio de 2019.



por actuar como simple intermediaria con arreglo al artículo 35 numeral 3 del CST¹⁰.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) convenios de asociación¹¹ y de trabajo autogestionario¹², (ii) comprobantes de pago de compensaciones de octubre de 2011 a agosto de 2013¹³, (iii) certificación de 14 de diciembre de 2012¹⁴, (iv) carta de 04 de octubre de 2013, informando a la demandante la supresión del proceso de mercadeo, por solicitud de Procardio Servicios Médicos Integrales LTDA. - Sede Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca¹⁵, (v) liquidaciones de 2011 a 2013¹⁶, (vi) contrato de operación y, *otrosí* N° 001¹⁷, (vii) formulario de afiliación a la Caja de Compensación Familiar COLSUBSIDIO, sin fecha legible¹⁸, (viii) comunicación de 01 de noviembre de 2011 dirigida por la actora al Gerente de la CTA PROACTIVOS, solicitando el pago oportuno de aportes a salud¹⁹, (ix) escritos de 05 de septiembre y 08 de noviembre de 2012, en que la accionante pidió aplazamiento de sus vacaciones y autorización para fragmentarlas, respectivamente²⁰, así como las confirmación de descanso anual²¹, (x) carta de 03 de octubre de 2013, firmada por el Gerente General del Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, dirigida al Gerente de la CTA PROACTIVOS,

¹⁰ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia .

¹¹ Folios 5 a 6.

¹² Folios 3 a 4.

¹³ Folios 15 a 34.

¹⁴ Folio 35.

¹⁵ Folio 37.

¹⁶ Folios 38 a 40.

¹⁷ Folios 205 a 209.

¹⁸ Folio 7.

¹⁹ Folios 8 a 9.

²⁰ Folios 10 a 11.

²¹ Folios 12 y 14.



informándole que suprimirían los cargos de Subdirectora de Mercadeo, Coordinadora de Facturación y Asistente de Mercadeo y Ventas, a partir de 07 de octubre de 2013²², (xi) historia laboral consolidada expedida por la AFP PORVENIR S.A.²³, (xii) certificado de pago de aportes a Coomeva EPS S.A.²⁴, (xiii) certificados de existencia y representación legal del Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca²⁵, CTA PROACTIVOS²⁶ y, Procardio Servicios Médicos Integrales²⁷ y, (xiv) cruce de correos entre la actora y personal del Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca²⁸.

Se recibieron los interrogatorios de parte de los representantes legales de las enjuiciadas²⁹ y, de la demandante³⁰, así como los testimonios de

²² Folio 36.

²³ Folios 41 a 45.

²⁴ Folios 46 a 47.

²⁵ Folio 48 y vuelto.

²⁶ Folios 49 a 50, 178 a 180 y 270 a 279.

²⁷ Folios 51 a 54, 173 a 177, 211 a 219, 258 a 262 y 282 a 290.

²⁸ Folios 55 a 160.

²⁹ CD Folio 291, Min. 00:46:30. César Augusto Piracoca Benavides. Dijo que la empresa sostuvo un convenio asociativo con la demandante, en el proceso de selección de realizan entrevistas, no sabe si a la actora le hicieron entrevista, ni el salario devengado, a la terminación del contrato se tiene un procedimiento de entrega de documentos, según el tiempo que determinan los estatutos de la Cooperativa, desconoce si a Cristina Elizabeth le pagaron algún tipo de indemnización a su retiro, no sabe si se le pagaron utilidades o excedentes, ni si tenía un horario, el frente de trabajo fue el Hospital Cardiovascular, donde ejercía la operación de manera independiente al Hospital, el área, el jefe inmediato de la actora era el Gerente, señor Carlos Vallejo, de quien recibía órdenes.

CD Folio 291, Min. 01:23:10. Fabio Romero Sosa, Ingeniero Industrial. Indicó que es representante legal del Hospital Procardio S.A.S. desde 01 de abril de 2019; en el año 2010 la SUPERSALUD emitió una circular en la que las uniones temporales dejaban de ser instituciones prestadoras de servicios de salud – IPS, “por lo tanto, uno de los miembros de la Unión Temporal sí es IPS Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S., entonces se hizo esa relación en el cual (sic) hubo cambio del operador de la UT del Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca y, entra a operarlo Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S.”, es decir que la demandante prestaba servicios a la Cooperativa a través de una Unión Temporal, la cual se separó y quedó solo PROCARDIO, esa entidad no hace entrevistas, sino que contrata procesos y subprocesos a través de una Cooperativa, a quien le hacen los requerimientos de personal administrativo para su funcionamiento; el jefe inmediato es el representante legal de la Cooperativa, asignando tareas a cada asociado diariamente, los elementos para el cumplimiento de funciones los suministra PROCARDIO, los permisos de los asociados los informa la Cooperativa.

³⁰ CD Folio 291, Min. 01:30:40 Cristina Elizabeth Dávila Rueda, Médica. Expresó que conoció a Carlos Vallejo como Gerente de la Cooperativa Proactivos; la secretaria de la Cooperativa la obligó a firmar un convenio asociativo el día del despido, la afiliación a COLSUBSIDIO si la firmó en el año 2011; el pago de la compensación ordinaria la realizaba el Gerente, Guillermo Mayorga, sabe que PROCARDIO era el intermediario que llevaba el registro documental y administrativo de las personas que funcionaban en el Hospital, al Doctor Vallejo lo conoció al salir del Hospital, nunca tuvo relación directa ni subordinación con la Cooperativa; le entregó la hoja de vida a Guillermo Mayorga Zalamea, quien le realizó una entrevista y, después enviaron los papeles a una Cooperativa COOPSIN, a la cual pertenecían todos los funcionarios asistenciales y administrativos, luego en esa Cooperativa quedaron solamente los asistenciales y a los administrativos los pasaron a la Cooperativa PROACTIVOS, su seguridad social y parafiscales la pagaba PROACTIVOS. Se vinculó al Hospital el 07 de septiembre de 2011, a diario recibía instrucciones y órdenes solo de Guillermo Mayorga Zalamea, se escribían a través del correo personal, porque nunca le dieron uno institucional, tenía la tarea de tarifar los nuevos servicios y, una vez eran estudiados, les daba el visto bueno, para pasarlos a la Jefe de Facturación. Eliana Loretta, para que los socializara con todos los facturadores del Hospital y, fueran las tarifas que rigieran a partir de la fecha, para la venta de servicios con todas las empresas, él también la acompañaba a las diferentes IPS a ofrecer los servicios, tenía un horario de 07:00 a.m. a 05:30 p.m., debía pedirle permiso, le aprobaba o no las vacaciones; los salarios siempre le fueron pagados de



Eliana Loretta Rivera Mejía³¹, Ximena Paulina Rojas Rueda³² y, Lilibeth Escamilla Rubio³³.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que de 07 de septiembre de 2011 a 06 de octubre de 2013, Cristina Elizabeth Dávila Rueda se desempeñó como Subdirectora de Mercadeo y Ventas en el frente de trabajo de Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S. Sucursal Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, como asociada de la Cooperativa de Trabajo Asociado Proactivos OC CTA, en desarrollo de convenios de asociación³⁴ y de trabajo autogestionario³⁵, en ejecución del Contrato de Operación suscrito entre **Proactivos OC CTA y UT Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca³⁶**, cuyo objeto fue

manera extemporánea, nunca pagó cuotas de cooperativismo o "asociativismo", nunca tuvo acceso a la administración o parte social de la Cooperativa, ni recibió órdenes de la Cooperativa; supo que Guillermo Mayorga se comunicó para que le pasaran la carta de despido, para la liquidación tuvo que insistir varias veces ante la Cooperativa, se le pagaron casi una año después, en dos contados, no le pagaron intereses moratorios por esa liquidación, ni por los sueldos o aportes a seguridad social pagados fuera de tiempo.

³¹ CD Folio 291, Min. 01:04:40. Eliana Loretta Rivera Mejía, Administradora Hospitalaria. Depuso que conoció a la demandante en el año 2011, siendo compañeras de trabajo en el Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca hoy PROCARDIO, la demandante se encontraba en la parte de contratación y mercadeo del Hospital, era la Líder, hacía todas las propuestas de servicios que tenía la IPS y, las presentaba a las aseguradoras, previo aval y trámite que se hacía ante la gerencia del Hospital, en cabeza de Guillermo Mayorga, la actora tenía una subordinación directa con la gerencia de ese momento, estaban contratadas por una Cooperativa, pero recibían órdenes directamente, era Jefe del Área de facturación, estaban en oficinas muy cercanas y tenían una relación muy frecuente por la afinidad de los procesos que llevaban; estuvo en el Hospital hasta el 07 de octubre de 2013, cuando la despidieron, le parece que la actora salió en la misma fecha, los pagos y órdenes los recibían del Hospital, aunque no sabe cómo le pagaban a la demandante. El jefe inmediato de Dávila Rueda era el Gerente del Hospital, Guillermo Mayorga, a los directivos del Hospital le pedían los permisos, los elementos de trabajo estaban en el Hospital, pero no sabe a quién pertenecían. Conoce a Carlos Vallejo, era trabajador de la Cooperativa, era Gerente, cuando ingresó a la Cooperativa hizo el proceso de selección directamente con esta, los pagos a seguridad social los hacía la Cooperativa.

³² CD Folio 291, Min. 01:59:00. Ximena Paulina Rojas Rueda. Señaló que labora con PROCARDIO desde 2012, en la parte financiera manejaba el tema de cartera, tesorería, presentación de ofertas, actualmente es Gerente de Contratación; la demandante trabajaba para la Cooperativa PROACTIVOS, su función era la de conciliar cuentas médicas y EPS; PROCARDIO y PROACTIVOS tenían un contrato para cumplir procesos administrativos. Nunca realizó nómina a favor de la actora, ella no aparece como trabajadora de la institución. Sabe que en la Cooperativa PROACTIVOS se manejaban formatos de permisos, el horario que tenía la actora como personal administrativo, era de lunes a viernes de "8 a 5", no sabe de quién eran los elementos de trabajo, las instalaciones si eran de PROCARDIO.

³³ CD Folio 291, Min. 02:07:25. Lilibeth Escamilla Rubio, Enfermera. Informó que es Directora Administrativa del Hospital, vinculada a PROCARDIO desde 2012, dentro de sus funciones tiene a cargo LOS departamentos de sistemas, servicios generales, atención al usuario, maneja procesos de calidad, mantenimiento técnico, médico y, sistemas de información; conoció a la demandante porque era de la Cooperativa PROACTIVOS y, realizaba procesos y subprocesos relacionados con auditoría médica, no conoce las funciones; sabe que PROCARDIO hace contrato con la Cooperativa PROACTIVOS, para procesos y subprocesos, las ausencias se justificaban directamente con la Cooperativa. La demandante no se encontraba dentro de la estructura interna del Hospital, la Gerencia de PROCARDIO le indica cuándo se deben hacer modificaciones, el organigrama es revisado cada dos años, se incluyen tres subgerencias, la científica, la administrativa y la financiera, la Cooperativa es independiente. Los asociados prestaban servicios dentro de la clínica, por lo que tenían espacios allí, no sabe a quién pertenecían los elementos para desarrollar funciones por la demandante.

³⁴ Folios 5 a 6.

³⁵ Folios 3 a 4.

³⁶ Folios 205 a 209.



implementar y desarrollar los procesos administrativos, orientadores en información general hospitalaria y de salud, servicios generales y los subprocesos de facturación, cartera, contabilidad, secretarial, compras y almacenaje, necesarios para producir en común bienes, ejecutar obras o, prestar servicios, subprocesos, conexos y complementarios con personal calificado y, autonomía administrativa en todas las actividades programadas por la CTA, reiterado en el *otrosí* suscrito por la **Cooperativa y Procardio Servicios Médicos Integrales Ltda. Sucursal Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca**; circunstancias fácticas que se infieren de los documentos citados, el interrogatorio de parte del representante legal de Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S., quien aceptó que la demandante prestó servicios a la Unión Temporal que se disolvió y quedó solo PROCARDIO, a través de la Cooperativa y, los dichos de Eliana Loretta Rivera Mejía compañera de trabajo de la actora en el Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca hoy PROCARDIO, contratadas por una Cooperativa, Ximena Paulina Rojas, quien manifestó que la accionante trabajó para la Cooperativa PROACTIVOS y, Lilibeth Escamilla Rubio quien precisó que conoció a la demandante, porque, era de la Cooperativa PROACTIVOS.

En este sentido, cabe precisar, que aunque Cristina Elizabeth Dávila Rueda pretende se declare un contrato de trabajo con la CTA PROACTIVOS³⁷, desde la formulación fáctica del *libelo incoatorio* confesó que *“no trabajó directamente para ... PROACTIVOS OC CTA, si no para un tercero UT HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO DE CUNDINAMARCA HOY PROCARDIO HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO DE CUNDINAMARCA,*

³⁷ Pretensión 1ª.



respecto del cual recibió órdenes, cumplió horarios y ... una remuneración³⁸, además admitió que firmó convenio de trabajo autogestionario con la Cooperativa³⁹, aseverando solo en su interrogatorio de parte que fue obligada a suscribirlo el día del despido, aceptando que nunca tuvo relación directa ni de subordinación con la CTA, que fue Guillermo Mayorga Zalamea Director General del UT Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca quien la entrevistó y le impartía órdenes e instrucciones diariamente, en este sentido, no solo no demostró la vinculación contractual laboral pretendida con la CTA PROACTIVOS, sino que dirigió su actividad probatoria a acreditar una relación de trabajo con el Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, diferente a Procardio Servicios Médicos Integrales S.A.S. Sucursal Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca.

Ahora, el representante legal de la CTA PROACTIVOS explicó que Dávila Rueda prestó servicios no para la Cooperativa, sino que el frente de trabajo fue el Hospital Cardiovascular, donde la demandante ejercía la operación de manera independiente al hospital, por su parte, las deponentes Rivera Mejía y Rojas Rueda señalaron que la demandante estuvo en contratación y mercadeo del hospital, pues, los asociados que prestaban servicios dentro de la clínica, tenían espacios allí.

En adición a lo anterior, los pedimentos de **condena** se encontrarían prescritos con arreglo a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS,

³⁸ Hecho 14.

³⁹ Hecho 1º.



atendiendo que el vínculo con la Cooperativas finalizó el 07 de octubre de 2013 y, la demanda se presentó el 31 de agosto de 2017, como da cuenta el acta de reparto⁴⁰, sin que obre reclamo alguno que interrumpiera el término extintivo. Con todo, cumple precisar, que la acción para obtener la decisión judicial **declarativa** de la ocurrencia de un hecho de una determinada manera jamás se extingue por prescripción, toda vez que no es aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad para que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un suceso del cual dependan consecuencias legales⁴¹. En este orden, se confirmará la sentencia consultada. 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 la sentencia consultada, con arreglo a lo expuesto en precedencia.

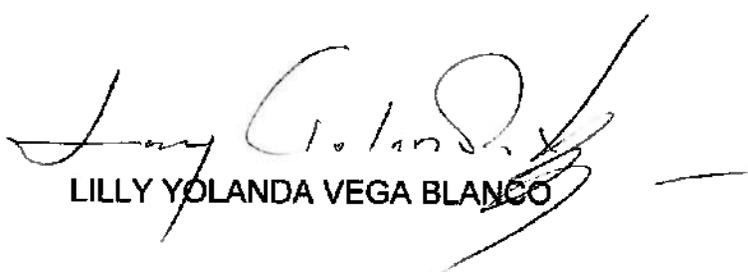
SEGUNDO.- Sin costas en el grado jurisdiccional.

⁴⁰ Folio 170.

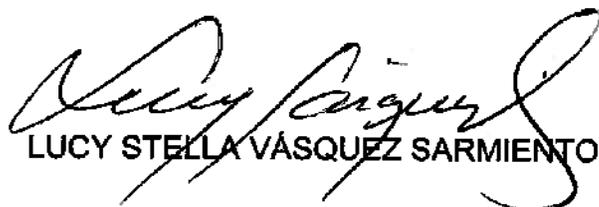
⁴¹ CSJ, decisiones SL 8397 de 05 de julio de 1996, reiterada en SL 28479 de 04 de junio de 2008, SL 39347 de 06 de septiembre de 2012 y SL 12715 de 2014.



NOTÍFIQUESE 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 DAIRO GALLEGO MONROY CONTRA
HERNANDO ALBERTO ALDANA VASQUEZ.**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 convocado a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 08 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Laboral de Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



El actor demandó la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 18 de agosto de 2014 a 06 de agosto del 2016, con una remuneración de \$400.000.00, en consecuencia, se le reconozca reajuste salarial por el tiempo laborado conforme al SMLMV, auxilio de transporte, recargos y horas extras laboradas, dotaciones, auxilio de cesantías con intereses, vacaciones, primas de servicios, moratoria, indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social en pensiones, indexación, costas, *ultra y extra petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para Hernando Alberto Aldana Vásquez de 18 de agosto de 2014 a 06 de agosto de 2016, mediante contrato de trabajo verbal e indefinido, en el cargo de Conductor de Tracto – Camión, propiedad del demandado, devengando un salario básico \$400.000.00, más el 10% del flete de los viajes que realizaba bajo su subordinación; recibía órdenes del empleador; pese a exceder el horario de trabajo no recibió horas extras, ni recargos, durante el tiempo laborado el enjuiciado no le canceló cesantías e intereses, primas, ni vacaciones; en el último año de servicios Aldana Vásquez le entregó el dinero para sufragar seguridad social como independiente; empleador que terminó el contrato de trabajo sin justa causa y sin permitirle ejercer su derecho de defensa, tampoco hubo proceso disciplinario, ni pago de la indemnización por despido; el 07 de marzo de 2018 envió al convocado por correo certificado, un derecho de petición solicitando lo adeudado, pero, no fue atendido; el siguiente día 27, se realizó audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, fracasada, porque, Aldana Vásquez dijo que hubo un contrato de arrendamiento¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Folios 4 a 6 y 66 a 68.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Hernando Alberto Aldana Vásquez se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el impago de prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y, vacaciones, que recibió una petición del demandante sobre pago de lo adeudado y, la audiencia de conciliación. En su defensa propuso las excepciones de existencia de un contrato de sociedad de hecho de naturaleza comercial que excluye todo vínculo laboral, inexistencia de contrato realidad paralelo, ausencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, falsedad del documento recibo de pago de un millón de pesos aportado con la demanda, improcedencia de la condena a pago de semanas no cotizadas en pensión, improcedencia de condenas por prestaciones laborales e indemnizaciones y, genérica².

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Dairo Gallego Monroy y Hernando Alberto Aldana Vásquez, existió un contrato de trabajo que inicio el 18 de agosto de 2014 y feneció el 06 de agosto de 2016, en consecuencia, condenó a Aldana Vásquez a pagar a Gallego Monroy retroactivo salarial, auxilio de transporte indexado, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, moratoria, aportes a seguridad social en pensiones y, costas; absolvió de las demás pretensiones³.

RECURSO DE APELACIÓN

² Folios 92 a 109.

³ CD y Acta de audiencia, Folios 153 a 156.



Inconforme con la decisión anterior, el convocado a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, la inexistencia del contrato de trabajo y la improcedencia de las condenas impuestas, pues, la relación que tuvo con el demandante fue comercial no laboral, éste recibía un porcentaje entre el 10% y el 30% de la carga, existiendo una sociedad de hecho u otra forma societaria; no existió subordinación; se apreciaron de manera indebida las documentales, los interrogatorios y, los testimonios en lo referente a lo que es la subordinación, la autonomía e independencia del demandante para conseguir la carga, que no controlaba el accionado, además, que existieran relevadores que lo remplazaban y que solo se reportaba al demandado como dueño del vehículo, claramente indica ausencia de subordinación; el reajuste salarial efectuado por el *a quo* no tuvo en cuenta el 10% recibido por el demandante, ni que éste confesó haber recibido “más de los \$400.000.00”, por ello, debió existir compensación, más aun atendiendo la confesión de pago de \$2'0000.000.00, cancelando más de lo que correspondería por cesantías, se debe entonces atribuir éste pago a dicho concepto, intereses sobre cesantías u otra acreencia; no hubo mala fe, en su actuar entendió la existencia de una sociedad comercial, por ello, no se debe imponer indemnización moratoria⁴.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Dairo Gallego Monroy afirma que prestó servicios subordinados para Aldana Vásquez de 18 de agosto de 2014 a 06 de agosto de 2016, como

⁴ CD de audiencia, folio 153.



Conductor de Tracto Camión, con un salario básico de \$400.000.00, más 10% del valor del flete de cada viaje⁵.

Hernando Alberto Aldana Vásquez manifestó que Gallego Monroy prestó servicios mediante una relación jurídica de carácter comercial, en tanto, éste era quien conducía el tracto camión, conseguía por su cuenta y riesgo la carga y, le repartía utilidades de cada viaje en 10%, siendo autónomo, sin estar sometido a subordinación, ni a horarios⁶.

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.

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 este respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución del servicio.

En los términos del artículo 24 del ordenamiento en cita, se presume que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por una

⁵ Folios 4 a 5 y 66 a 67.

⁶ Folios 92 a 109.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 002 2018 0434 01
Ord. Dairo Gallego Vs. Hernando Aldana

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 subordinación⁷.

Al instructivo se aportaron los siguientes documentos: (i) cédulas de ciudadanía de Gallego Monroy y Aldana Vásquez⁸; (ii) liquidación de acreencias laborales elaborada por la parte actora⁹; (iii) manuscrito de recibo de pago por \$1'000.000.00, por cesantías y sueldo de la mula SRL 073 del periodo comprendido entre 15 de agosto de 2015 y 15 de agosto de 2016, firmado por las partes¹⁰; (iv) manuscrito de 09 de septiembre de 2016 en que consta la entrega del cheque N° 55988966 por \$1'000.000.00 de Hernando Alberto Aldana Vásquez a Dairo Gallego Monroy¹¹; (v) relación en hoja de cuaderno de gastos realizados (como peajes, parqueadero, grasa, cambio cheque), así como de otros gastos de fecha 22 de julio de 2016¹²; (vi) relación de sumas de dinero en hoja de cuaderno de meses de septiembre, octubre, junio, julio, y otros conceptos¹³; (vii) copia de hojas de cuaderno que relacionan valores de gastos como parqueadero, "picua", mantenimiento, descargue, combustible, entre otros¹⁴; (viii) derecho de petición de 05 de marzo de 2018 con sello de cotejo de la empresa Interrapidísimo¹⁵; (ix) constancia de no acuerdo expedido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC13 de 27 de marzo de 2018¹⁶; (x) consulta de automotores del vehículo de placa SRL 073¹⁷; (xi) Resolución N° 0005543 de 05 de diciembre de 2017, expedida por el Ministerio de Transporte

⁷ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 44519 de 29 de julio de 2015 y 62373 de 24 de julio de 2019.

⁸ Folio 17 y 18.

⁹ Folio 19.

¹⁰ Folio 20.

¹¹ Folio 21.

¹² Folio 22.

¹³ Folio 23.

¹⁴ Folio 24 a 39.

¹⁵ Folio 43 a 47.

¹⁶ Folio 48.

¹⁷ Folio 49 a 52.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 002 2018 0434 01
Ord. Dairo Gallego Vs. Hernando Aldana

normalizando el registro inicial del vehículo de placa SRL 073¹⁸; (xii) hoja de cuaderno con fecha 09 septiembre de 2016, haciendo constar la entrega del cheque n° 55988966 del Banco Popular por \$1.000.000.00¹⁹ de Hernando Alberto Aldana Vásquez a Dairo Gallego Monroy; (xiii) comprobantes de egreso de la empresa Eduardo Botero Soto S.A., de fechas 27 de diciembre de 2014, 10 de diciembre de 2015 y, 18 de julio de 2016, por contrato de transporte para Sodimac Colombia S.A., y Groupe Seb Colombia S.A., respectivamente, del vehículo con placa SRL 073²⁰; (xiv) consulta de 12 de noviembre de 2018 en la base de datos única de afiliados al sistema de seguridad social en salud, en que el actor registra como cotizante activo, afiliado a la EPS Famisanar a través del régimen contributivo²¹.

Se recibieron los interrogatorios de parte del demandante²² y del

¹⁸ Folios 53 a 56.

¹⁹ Folio 110.

²⁰ Folio 111 a 113.

²¹ Folio 114 y 115.

²² CD Folio 118 Min. 01:06:11: El demandante indica que trabajó como conductor de la tracto mula de propiedad de don Hernando, recibiendo el 10% más \$300.000.00 de básico mensualmente, se completaba el mes se hacía cuentas y sí se debía algo se le pagaba. Recibía de la empresa de carga el anticipo, el que utilizaba para el carro pagando ACPM, despinchada del carro, peajes los cuales se descontaba del mismo anticipo. El demandado puso a disposición el carro a la empresa Botero Soto, la que generaba los viajes y estaba en control de la carga, sin que el dueño del carro tuviera ningún mando en ello. No tiene conocimiento si tiene el demandado algún contrato con la empresa de carga. No había una suma exacta respecto a la remuneración que devengaba, por cuanto era un porcentaje el cual era del 10%. De los recibos puestos en conocimiento en el expediente folios 20 y 21 señaló que recibió \$2.000.000.00, que corresponde a las prestaciones, cesantías y sueldos, que hay una parte que puso él a puño y letra delante del señor Hernando Aldana. En esas cuentas se indicaban los gastos (peajes, ACPM, cargues, descargues) informes que realizaba mensualmente, las planillas originales se le entregaban al demandado. Relata que tuvo un viaje en Cartagena donde duro un mes que no pudo cargar por la empresa Botero Soto, la cual operaba a nivel nacional. El Sr. Aldana nunca lo afilió a seguridad social por su cuenta, pero él le daba la tercera parte del valor que se tenía pagar. La instrucción era solo cargar con Botero Soto. Frente a la terminación del contrato, señaló que en agosto del 2016 llegó con un viaje, él demandado tenía otro carro que se averió en un sitio que se llamaba la línea, y se disgustó por no traer el tráiler, y por eso lo despidió, decisión comunicada por teléfono. Indica que tuvo llamados de atención en la ciudad de Barrancabermeja. El contacto con Botero Soto para realizar las cargas la realizó el demandado. Los horarios los dispone la empresa de carga, y finalmente que el vehículo tenía un seguimiento satelital.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 002 2018 0434 01
Ord. Dairo Gallego Vs. Hernando Aldana

convocado a juicio²³, así como los testimonios de Carlos Eberto Ríos Garay²⁴, José Edilberto Molina Blandón²⁵ y Julio Antonio Mora Espejo²⁶.

Pues bien, los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir la prestación personal de servicio de Dairo Gallego Monroy como Conductor del Tracto Camión de placa SRL 073 de propiedad de Hernando Alberto Aldana Vásquez, en consecuencia, obra a favor de aquel la presunción que dicha labor se encontraba regida por un contrato de trabajo, entonces, le correspondía al enjuiciado acreditar el hecho contrario al

²³ CD Folio 118 Min.00:21:10: Señala el accionado ser cierto que era propietario del tracto camión donde trabajaba el señor Dairo, su vinculación no fue mediante trabajo, sino por contrato de sociedad mediante el cual se le entregó el vehículo para que lo trabajara el demandante, quien se comprometía a trabajar por su cuenta y riesgo. Nunca consiguió un viaje, ni le impuso horario todo lo hizo él. Lo pactado era que de lo que el vehículo produjera él tomaba el 10% considerado del ingreso en bruto y de ahí se sacaban gastos como peajes, combustible reparaciones menores, al vehículo y mayores también, los cuales asumía. Cada que llegaba del viaje liquidaba el actor liquidaba el 10% tomándolo por cuenta propia, siendo la participación en el acuerdo al que habían llegado. El accionado le entregó el carro, y el demandante se defendía, conseguía los viajes cobraba los fletes para los gastos del viaje. Indica que él conseguía viaje en varias empresas especialmente con Eduardo Botero Soto, entre otras, sin poder indicar exactamente cuales otras, porque nunca los contrataba. Las empresas en las cuales el demandante contrataba el transporte siempre les pide un manifiesto de carga en el que se dice cuál es el valor del flete en viajes sencillos de ida y regreso, también se indica a él como propietario del vehículo, y como conductor del vehículo aparece el Sr. Dairo, quien en ultimas se comprometía con las empresas. Señala que no se suscribió ningún documento porque no hubo en ningún momento una relación laboral, reitera que entregó el cargo, y el demandante lo trabajaba ganándose un 10%, se sacaban los gastos y si quedaba algo se lo entregaba y sino no. Nunca se hizo un documento como documento simplemente la práctica era que se hacían la liquidación y sacaba el 10% del valor bruto, se hacía la liquidación de cada viaje y se lo entregaban. Ni siquiera sabía que parqueadero tenía que guardar, ni lo que transportaban, simplemente cuando terminaba el viaje y cuando llegaba entregaba todo absolutamente todo. Aduce que el mantenimiento, cambios de aceite, todo lo asumía él. Y finalmente, frente a la pregunta de ¿Qué más tenía a cargo el demandante? Respondió: simplemente realizar su viaje y ganar su 10%, y pagar los parqueaderos. Todo el mantenimiento, cambio de llantas iba por mi cuenta.

²⁴ CD Folio 118: Min 1:40:54. En su declaración refiere que trabajó con don Hernando durante un año y un mes, no recuerda las fechas, y que en esa época conoció a Dairo con quien ahora son amigos. Indica que la modalidad de empleo con el demandado es un acuerdo amistoso, donde el Sr. Aldana le propone una forma de trabajo, el cual él acepta, colocándole un sueldo y un porcentaje, siendo esa la forma de trabajo. Lo acordado era \$500.000.00 por el mes y el 10% bruto del flete, es decir del valor bruto de la planilla. Siempre se trabajó para la carga con Botero soto. Que el demandado le entregaba dinero para pagar la seguridad social, el cual era autorizado del monto del anticipo. Indica que las cuentas se entregaba mediante una planilla la cual se llenaba con todos los gastos y se entregaba al señor Aldana con sus respectivos recibos. Trabajó de día y de noche. No podía entregar el carro a otro conductor, solo si autorizaba el patrón -refiriéndose a don Hernando-. Refiere que el porcentaje del 10% el gastaba una parte y dejaba otra para que se cancelara en fin de mes, siendo esa la forma en que trabajaba con el demandado, indicando que otras personas podían trabajar diferente forma. El pago era mensual. Aclara que esa era la forma como trabajaba, y no frente al demandante, pues no le consta como era su pagó. Indica no constarle cómo había sido la relación de las partes, los pagos o como se realizaba los servicios del Sr. Dairo, por cuanto empezó a laborar posteriormente al tiempo en que trabajó el demandante con el Sr. Hernando.

²⁵ CD Folio 118 02:08:32. Trabaja como independiente. Conoció al demandante y sabe que trabajó con el Sr. Hernando, por ser compañero como conductor, el Sr. Dairo trabajaba con la mula SRL073, el negoció era que el demandante trabajaba la mula con un porcentaje más un sueldo, o incentivo. Del anticipo saca el porcentaje y gastos del carro y lo que quede de la planilla era del patrón. El conductor es el que consigue el viaje, sin tener horario fijo. Siempre se trabaja por la empresa transportadora, sin constarle que el Sr. Aldana le controlara el viaje. Frente al relevador del viaje le pide consentimiento al Sr. Hernando por ser el dueño del carro. Lo que devenga es como una ayuda no es un básico. El cheque sale a nombre del conductor, y se realiza cuentas cada mes o cada viaje. La seguridad social lo paga como independiente. No le consta el motivo de la terminación del vínculo. Las planillas salen a nombre del propietario del carro. Indica que el cobra el 10% y cumple el viaje.

²⁶ CD Folio 118 01:57:53. Conoce al demandante como conductor, y se encontraba al momento en que le fue entregada la mula para trabajar pactando un 10% de lo que produce el carro, el conductor es el que consigue la carga en varias empresas. El anticipo le da a uno el anticipo, y saca los gastos. La empresa es la responsable de la carga, la cual la vigila hasta que descarga. La mayoría se pactaba el porcentaje y de ahí se tiene que pagar la seguridad social y el celular. No le consta si el Sr. Aldana le pagaba la seguridad social. No sabe porque se terminó la relación.



presumido, es decir, que la relación fue independiente y sin subordinación.

En el *examine*, Aldana Vásquez no desvirtuó la presunción contenida en el artículo 24 del CST, pues, no demostró la existencia de la sociedad de hecho que adujo convino con el accionante, por el contrario, al responder el *libelo incoatorio* admitió que Gallego Monroy condujo el vehículo de su propiedad para prestar servicios de carga a terceros²⁷, asimismo, en el interrogatorio de parte manifestó que el accionante recibía el 10% del flete sobre el valor bruto, sin asumir gastos de mantenimiento o rodamiento, además le pagaba un incentivo por su labor, que el demandante mensualmente le entregaba cuentas y él – Aldana Vásquez - recibía lo que había quedado después de descuentos.

En adición a lo anterior, en los comprobantes de egreso que refieren el contrato de transporte, aportados por el demandado²⁸, figura como propietario del vehículo Hernando Alberto Aldana Vásquez, por ello, la sociedad Eduardo Botero Soto S.A., le hizo retención por Industria y Comercio, lo que permite inferir que quien tenía relación con la empresa transportadora de carga era el convocado a juicio, a quien además, le pagaban los saldos de los fletes de viajes.

Siendo ello así, la actividad desarrollada por Dairo Gallego Monroy se ejecutó bajo una verdadera vinculación contractual laboral a término indefinido, sin que se demostrara autonomía en la administración del

²⁷ Folios 92 Hecho 1º.

²⁸ Folios 111 a 113.



vehículo como lo adujo la censura y, en cuanto al horario, el demandante como Conductor estaba sujeto a los tiempos de transporte que imponía la carga asignada, correspondiéndole viajar a diferentes lugares del país, como lo narró en su declaración de parte.

De lo expuesto se sigue, que la actividad desarrollada por Dairo Gallego Monroy a favor de Hernando Alberto Aldana Vásquez se ejecutó bajo una verdadera vinculación contractual laboral de 18 de agosto de 2014 a 06 de agosto del 2016, lo cual se colige de las documentales reseñadas, la aceptación de tales extremos por el accionado y, materializando el principio de primacía de la realidad sobre las formas – artículo 53 de la CP –, por tanto, le asiste derecho al pago del retroactivo salarial, auxilio de transporte, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones. En este sentido, se confirmará la decisión del *a quo*.

Cumple precisar, que si bien el demandado solicitó que se estudie la compensación de los valores pagados al demandante, consignados en los escritos de 25 de agosto de 2016 y 09 de septiembre del 2016²⁹, en razón a que la sumatoria de estos supera el monto que corresponde al auxilio de cesantías, bastará con señalar que al momento de contestar el *libelo incoatorio*, el enjuiciado negó el pago de dicha prestación al actor, además se abstuvo de proponer la excepción de compensación, surgiendo improcedente su estudio en esta instancia.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

²⁹ Folio 20 y 21.



La Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 65 del CST – modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 –, 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 absolver³⁰.

En el *sub judice*, el demandado afirma que obró bajo la convicción de la existencia de un contrato comercial, sin embargo, los medios de persuasión reseñados en precedencia no lo acreditan e, impiden establecer alguna justificación para que omitiera pagar al demandante las prestaciones sociales en vigencia y a la terminación del contrato de trabajo, pues, pese a lo alegado, Aldana Vásquez aparecía registrado como propietario del vehículo de placa SRL 073 en los comprobantes de egreso emitidos por la empresa Eduardo Botero Soto S.A.³¹, asimismo, exigía al actor rendir cuentas, lo autorizaba para cobrar anticipos, recibir los saldos y, encargarse del mantenimiento del vehículo, mantenimiento que era sufragado por el demandado, entonces, su actuar no fue el que correspondía a una relación comercial, por ello, tampoco estuvo revestido de buena fe. En este orden, se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia.

³⁰ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia 32529 de 05 de marzo de 2009.

³¹ Folios 111 a 113.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 002 2018 0434 01
Ord. Dairo Gallego Vs. Hernando Aldana

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

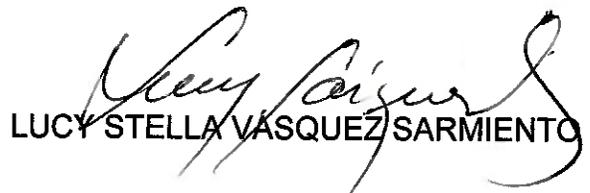
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado a la parte motiva en la providencia.

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 ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE RUBÉN DARIO WILCHES
MARTÍNEZ CONTRA CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S.**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 de 24 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



El actor demandó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido de 03 de diciembre de 2015 a 03 de agosto de 2018, que el empleador finalizó sin justa causa, en consecuencia, se le reconozca indemnización por despido, moratoria, salarios, subsidio de transporte, horas extras, bonificaciones, cesantías con intereses, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para CAM Colombia Multiservicios S.A.S., de 03 de diciembre de 2015 a 03 de agosto de 2018, mediante contrato de trabajo a término indefinido, su último cargo fue Jefe de Almacén, vínculo que la empleadora terminó alegando justa causa, sin respetar el debido proceso, su derecho de defensa, la valoración probatoria y, las garantías legales; el 13 de julio de 2018 rindió descargos, fecha en que le informaron los hechos por los que fue citado, no fue notificado de la diligencia, ni le hicieron requerimientos previos; el 01 de agosto de 2018 amplió descargos, aportó material probatorio y aclaró los hechos sucedidos; la empresa en forma desproporcionada lo despidió alegando justa causa; el cumplimiento de sus funciones dependía de otros trabajadores de la empresa, situación conocida por sus superiores, que no fue ponderada¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, CAM Colombia Multiservicios S.A.S. no se opuso a la existencia del contrato de trabajo ni a los extremos temporales indicados, pero, rechazó la prosperidad de las

¹ Folios 2 y 3.



demás pretensiones; en cuanto a los hechos, admitió la vinculación contractual laboral, su modalidad de duración, las fechas de inicio y terminación y, la desvinculación con justa causa. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y, pago².

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Rubén Darío Wilches Martínez y CAM Colombia Multiservicios S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente de 03 de diciembre de 2015 a 03 de agosto de 2018, que el empleador terminó de manera unilateral e injusta, en consecuencia, ordenó el pago de la indemnización por despido injusto de manera indexada y, costas; declaró no probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada y, probada la excepción de pago; absolvió de las demás pretensiones³.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión, las partes interpusieron sendos recursos de apelación⁴.

² Folios 71 y 72.

³ CD y Acta de Audiencia folios 214 y 215.

⁴ CD Folio 215.



Rubén Darío Wilches Martínez en resumen expuso, que procede la sanción moratoria desde el despido injusto, 03 de agosto de 2018, hasta que se sufrague la indemnización por terminación del contrato.

CAM Colombia Multiservicios S.A.S. en suma arguyó, que la terminación del contrato obedeció a justa causa, al desobedecer el demandante la instrucción de que los jefes debían asegurar la certeza en la información, tomando el reporte manual de las jornadas cumplidas por sus trabajadores comparándolo con el reporte biométrico, como lo narraron los testigos Leidy Cristina Moreno Camargo y Liana María Prada Castañeda; aunque la trabajadora Carolina Cruz encargada del reporte biométrico debía enviar la información semanal de manera oportuna a los jefes, se instruyó al demandante y a los demás jefes que debían asegurar la confiabilidad de esa información consultando el registro biométrico; las deponentes explicaron que el actor podía acceder al registro biométrico, entonces, no consultarlo implicaba desconocer la instrucción. Las documentales establecen la función del convocante de reportar las horas extras del personal a su cargo ante Recursos Humanos y la importancia de esa información, en tanto, la necesidad de identificar el ingreso y salida de los trabajadores realizada por sus Auxiliares se debía validar con el reporte biométrico; el demandante reconoció su incumplimiento y, que ello podía acarrear sanciones disciplinarias; a pesar que el accionante en su reporte no pudo ponderar el informe biométrico, porque, se recibía tarde, ello no es excusa, para reportar horas extras, debió acudir al control de entrada y salida del personal a cargo comparándolo con los reportes del biométrico, pues, debía reportar información fidedigna y confiable. Revisada la información del biométrico se evidenció que el 29 de mayo a las 8:24, en la cuarta semana el



*Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral*

*EXPD. No. 021 2018 00658 01
Ord. Rubén Wilches Martínez Vs CAM Multiservicios*

accionante reportó a Recursos Humanos la información, pese a recibirla el día 28 a las 11:20, es decir, veintiún horas antes, aun así remitió datos erróneos respecto del trabajador John Alexander; aunque no hubo inducción a la tarea para el desempeño del cargo, no se puede desconocer que el actor cumplía la labor desde septiembre de 2017, como refirió Cristina Moreno Camargo, luego a mayo de 2018 llevaba más de 07 meses desarrollándola. Respecto a la gravedad de la falta se tuvo en cuenta el grado de perturbación del trabajo organizado por la empresa para sus empleados, los efectos, el perjuicio para la nómina, el grado de desobediencia, la falta de justificación frente a órdenes claras y, el mal ejemplo. En cuanto a los llamados de atención se puede evidenciar el correo de Cristina Moreno, de 11 de abril de 2018 y, el correo de Miguel Gómez, indicando que la instrucción era clara de cómo se debía allegar la información. Finalmente, el demandante incumplió de manera grave los deberes del reglamento interno de trabajo y, sus obligaciones previstas en el CST, suficientes para terminar su contrato de trabajo con justa causa, decisión comunicada mediante carta motivada con los requisitos de ley.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Rubén Darío Wilches Martínez laboró para CAM Colombia Multiservicios S.A.S, mediante contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 03 de diciembre de 2015 a 03 de agosto de 2018, siendo su último cargo Jefe de Almacén, con una remuneración mensual de \$2'500.000.00, vínculo que la empleadora finalizó alegando justa causa, situaciones



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2018 00658 01
Ord. Rubén Wilches Martínez Vs CAM Multiservicios

fácticas que se coligen del contrato de trabajo⁵; la comunicación de desvinculación⁶, la liquidación definitiva⁷ y, el certificado laboral de 21 de agosto de 2018⁸.

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.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

De tiempo atrás la jurisprudencia ha advertido que para el evento del despido, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron⁹.

Al *examine* se aportó la carta en que la empleadora terminó el contrato de trabajo existente con el demandante, alegando justa causa, a cuyos términos se remite esta Sala de Decisión¹⁰.

⁵ Folios 155 a 157.

⁶ Folios 16 a 19.

⁷ Folio 87.

⁸ Folio 88.

⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencias 30368 de 02 de agosto de 2007, 42544 del 28 de mayo de 2014 y SL - 18082 de 16 de noviembre de 2016, entre otras.

¹⁰ Folio 16 a 21, "La empresa CAM Colombia Multiservicios S.A.S., se permite informarle que ha decidido terminar su contrato de trabajo con justa causa a partir del 3 de agosto del 2018 siendo éste su último día de trabajo.

Para dar cumplimiento a lo previsto en el párrafo del artículo séptimo literal a del Decreto Ley 2351 de 1965, comunicamos a usted que la anterior determinación se ha tomado teniendo en cuenta los siguientes hechos.

Una vez concluida la etapa investigativa correspondiente, en la cual se respetó su derecho de defensa, se pudo establecer que usted incurrió en graves irregularidades en el desempeño de sus funciones como jefe de almacén tal y como se explica a continuación:

De acuerdo con el reporte de la empresa, en revisión realizada el pasado 30 de junio a las novedades con horas extras causadas durante el mes de mayo sobre el personal a su cargo, se logró evidenciar una serie de inconsistencias, pues las horas extras reportadas no concuerdan con el registro en el control por el sistema de huella del biométrico, situación que



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2018 00658 01
Ord. Rubén Wilches Martínez Vs CAM Multiservicios

evidencia su gran incumplimiento en la tarea de control, gestión, y seguimiento asignado a su cargo como jefe de almacén así como el grave incumplimiento de los procedimientos para el reporte al área de recursos humanos y el control de las novedades relacionadas con horas extras; lo que a su vez genera un reproceso y un riesgo potencial económico para la empresa, pues si está no hubiera revisado, seguramente hubiera tenido que pagar algunas sumas por horas extras no trabajadas realmente. En este incumplimiento tiene vital importancia que para el reporte de horas extras, usted debía haber hecho un control adecuado de entrada y salida del personal a cargo mediante la comparación de las planillas con el biométrico.

Teniendo en cuenta los argumentos presentados en la diligencia de descargos llevada a cabo el 13 de julio del 2018 y en la diligencia de ampliación de descargos surtida el 1 de agosto siguiente, en un análisis fáctico, jurídico y probatorio se ha considerado que, a pesar del aporte de las pruebas y en las manifestaciones con las que pretendió simplificar el error y negar su responsabilidad en el acceso y la utilización de la información del biométrico, sus argumentos no logran desvirtuar su responsabilidad de las graves irregularidades por las que se le llamó a descargos, además que acepta su omisión en la información a sus jefes de algunas situaciones de vital importancia para la eficacia y el éxito de la gestión a su cargo, y por ende el cubrimiento de toda contingencia para la compañía.

Así las cosas, una vez finalizadas las etapas de investigación y análisis de pruebas en el proceso disciplinario previo, con el pleno de sus garantías al debido proceso y el derecho de defensa y bajo el amparo normativo y disposiciones contractuales descritas con anterioridad, habiéndose encontrado incurso para el efecto, se debe precisar que en su cargo en particular se tiene que usted ha incurrido en el incumplimiento grave de sus deberes y obligaciones laborales, toda vez sabiendo que los formatos de reporte individual de horas extras del personal a su cargo siempre presentaban inconsistencias frente a los reportes del biométrico y por tanto, frente a la realidad, se limitó a presentar los reportes del mes de mayo del 2018 sin revisar el biométrico y sin advertir a su jefe la necesidad de tal comparación dando lugar a significativos errores que por fortuna fueron advertidos y subsanados por la operación antes de ser llevados a la nómina y pagados a los trabajadores.

Su comportamiento deja ver una falta de responsabilidad y empoderamiento con una de las tareas a su cargo, en la medida en que es, sin justificación alguna, no sólo obvió comparar los reportes del biométrico para lograr certeza en el reporte de novedades de nómina, sino que además omitió advertir a sus jefes de manera expresa las contingencias que en los descargos advirtió como causas de posibles contingencias frente al cambio de los procedimientos; no siendo justificación los comentarios que hace, según los cuales por instrucción del ingeniero Miguel Gómez, después de enviados los reportes no se podían hacer correcciones, como quiera que conociendo que esos reportes podrían entender las falencias que fueron encontradas en la revisión por la que se le llamó a descargos, no hizo nada para subsanar la anomalía, bien exigiendo o haciendo esfuerzos por lograr los biométricos antes del reporte; o bien comentando a sus superiores esa situación, a fin de darle solución oportuna; máxime cuando para la posesión de sus funciones la empresa le advirtió sobre la importancia de la exactitud de la información sobre las horas extras y la necesidad de la verificación con los reportes biométricos, que contienen los reportes ciertos sobre la jornada de trabajo cumplida por cada uno de los trabajadores.

En este derrotero, no es cierto su argumento de defensa, pues tenía claras instrucciones para reportar las horas extras mediante la comparación y análisis de las planillas en los reportes del biométrico, obligación que usted dice haber omitido por una instrucción de su invención.

Recuerde que la responsabilidad del trabajador no sólo se limita a obedecer lo que le indican sus superiores, sino que debe ir más allá, en lo que llamamos el hombre medio, de acuerdo con lo cual los trabajadores estamos en la obligación de advertir y reportar las falencias que se encuentren en su desempeño, no siendo por tanto aceptable que hubiera omitido comentar a sus jefes la falta de acceso al biométrico que comentó en los descargos, y la advertencia de los errores en que se podía incurrir por esa situación.

Las irregularidades comentadas, además de reportar la grave e injustificada violación de las permanentes órdenes e instrucciones impartidas por la empresa para el desempeño de las tareas a usted asignadas, causaron un enorme perjuicio a la empresa dado por los procesos en la verificación de la información.

De esta manera, es claro que usted no debió realizar los informes del mes de mayo basándose únicamente en la información que le brindan las planillas cuando tenía conocimiento que las mismas no le podían soportar una información clara y concisa; debiendo tener en cuenta que un mal informe de este tipo acarrea una pérdida económica para la compañía y de igual manera conlleva una vulneración de los derechos ciertos adquiridos por los colaboradores, como lo son las horas extras laboradas por los mismos.

Precisamente, el control biométrico de entrada y salida de los colaboradores es el único instrumento con el que cuenta la empresa para realizar la verificación más oportuna y eficaz de la información sobre las jornadas de trabajo desempeñadas.

Su conducta deja ver una falta de cuidado y compromiso con las tareas asignadas, lo que constituye un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, máxime cuando ello causó un perjuicio a la empresa.

(...)

Así las cosas, no es de recibo para la compañía la ocurrencia de dichos incumplimientos que afectan gravemente las políticas de seguridad que permiten a la compañía ser eficiente en la minimización de gastos económicos en la prestación del servicio que presta CAM Colombia Multiservicios S.A.S.

De acuerdo a lo narrado, se hace incompatible su permanencia en la compañía.

(...)

Los anteriores hechos constituyen justa causa de despido conforme a las previsiones contempladas en el literal A numeral 6 del artículo 62 del código sustantivo de trabajo, en concordancia con el numeral (sic) 1 y 5 del artículo 58 el mismo compendio normativo,



En este orden, correspondía a la sociedad convocada a juicio acreditar la existencia de las causales endilgadas al demandante.

Además de los documentos reseñados, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) acta de descargos de fecha 13 de julio del 2018¹¹; (ii) ampliación de descargos de 01 de agosto de esa anualidad¹²; (iii) carta de terminación del contrato del siguiente día 03¹³; (iv) correos electrónicos¹⁴; (v) certificado de existencia y representación legal de la accionada¹⁵; (vi) correo electrónico de 06 de julio de 2018 asunto: reporte novedades HHEE almacén¹⁶; (vii) informe de novedades laborales del día 05 de los referidos mes y año¹⁷; (viii) acta de descargos 2018¹⁸; (ix) liquidación de contrato de 10 de agosto de 2018¹⁹; (x) certificado laboral del siguiente día 21, emitido por Cam Colombia Multiservicios SAS²⁰; (xi) escrito de 21 de agosto de 2018 con destino a porvenir²¹; (xii) relación de "ACUMULADOS DE CONCEPTOS POR EMPLEADO", indicando los pagos y deducciones realizados al actor de 01 de enero a 31 de diciembre de 2018²²; (xiii) evaluación de inducción corporativa²³; (xiv) correo electrónico de 12 de abril de 2018, asunto: afinación proceso reporte de HE²⁴; (xv)

en coordinación con las normas establecidas en su contrato de trabajo y la reglamentación interna. Adicionalmente lo establecido en el artículo 45 del reglamento interno de trabajo de la compañía.

Por lo antes expuesto, le solicitamos hacer entrega del cargo a su jefe inmediato y dar trámite al paz y salvo dentro de los dos días siguientes a la notificación. Así mismo le informamos que debe acercarse al área de recursos humanos para que haga efectiva sus acreencias laborales las cuales serán depositadas en un tiempo prudencial en la cuenta bancaria que reposa dentro de su hoja de vida, así como los demás documentos que se derivan de su terminación laboral (...).

¹¹ Folio 7 a 10.

¹² Folios 11 a 16.

¹³ Folios 16 a 19.

¹⁴ Folio 32 a 37

¹⁵ Folio 39 a 45.

¹⁶ Folio 79.

¹⁷ Folios 80 a 81.

¹⁸ Folio 83 a 86.

¹⁹ Folio 87.

²⁰ Folio 88.

²¹ Folio 89.

²² Folio 90.

²³ Folio 91.

²⁴ Folios 92 y 93.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2018 00658 01
Ord. Rubén Wilches Martínez Vs CAM Multiservicios

reglamento interno de trabajo²⁵; (xvi) contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito con Rubén Darío Wilches Martínez el 03 de diciembre de 2015²⁶; (xvii) otrosí de mutuo acuerdo de 01 de febrero de 2017²⁷; (xviii) correos electrónicos de fechas 08, 15, 22 y 29 de mayo y 01 de junio de 2018, con reporte consolidado de horas extras²⁸; (xix) reporte individual de horas extras²⁹ y; (xx) reporte biométrico mayo de 2018³⁰.

Se recibieron los interrogatorios de parte del demandante³¹ y de la

²⁵ Folio 95 a 104.

²⁶ Folio 155 a 157.

²⁷ Folio 158 a 159.

²⁸ Folios 160 a 171.

²⁹ Folios 172 a 179.

³⁰ Folios 180 a 188.

³¹ CD Folio 212. Min 00:22:00. Dijo que ingresó a laborar para la enjuiciada, ocupaba el cargo de jefe de personal, tenía a cargo en ese momento 24 personas en el área de herramientas, EPP y dotaciones. Al inicio no reportaba las horas extras, las estaba reportando el Supervisor Sánchez, después por órdenes del almacén y por Andrés Acuña, le fue asignada la función por el periodo de marzo, abril, mayo, junio, julio, de 2018. La instrucción era pasar las horas extras con los soportes, porque el reporte del biométrico no tenía la capacitación y, no tuvo acceso a él, el reporte era enviado por correo por parte de Carolina Cruz, pero siempre lo enviaban después de haber enviado el reporte de las horas extras a Recursos Humanos, entonces no podía validar la información con el biométrico, situación que era conocida por la empresa, por el área de Recursos Humanos y todo el personal, porque eso lo manifestaba por correo. La encargada del biométrico, Carolina Cruz, trabajaba en la misma sede a unos setenta metros, y enviaba el reporte mensualmente. Señaló que hubo un correo donde se indicaba que se enviaba el reporte de horas extras cada ocho días, el cual no se podía modificar para no generar reprocesos, entonces con el biométrico no se podía validar, porque siempre se enviaba después de que se enviaba el reporte. El biométrico se implementó como después de enero de 2018. Reitera que no tuvo inducción, ni capacitación para hacer esta labor. Anteriormente se estaba haciendo por planillas, luego que debía utilizar el reporte del biométrico para validar las horas extras. Inicialmente le enviaron una carta que fue algo como muy general frente a las inconsistencias que se presentaban de horas extras. Frente a la diligencia de descargos, tuvo una entrevista con Carlos Acuña en su momento, ya después la segunda fue en la sede de la 68, pero no le notificaron para qué era citado, solamente se enteró cuando llegó allá. No señora, como lo indique no tenía usuario ni acceso al biométrico. Frente al reporte de horas extras señaló que al almacén le llevaban unas planillas que en su momento lo envió por correo, donde los auxiliares diligenciaban cuando el personal llegaba y cuando se iban, los supervisores se encargaban de revisar que se registraran en las planillas y ya pues al final del mes le pasaban las planillas los supervisores o había una carpeta donde uno las buscaba y empezaba a validar con eso, había ocasiones que había personal que se iba para una sede externa, que era con el cliente CODENSA en Alma Viva a recoger material donde ingresaban a las siete de la mañana y duraban hasta las ocho, cinco o seis de la tarde, los cuales llegaban directamente allá a la sede donde iban a recoger el material, pero no podían registrarse en el biométrico. Ese reporte se entregaba a Recursos Humanos se llevaba a un Excel, cuando se enviaba el Excel a Recursos Humanos, sin embargo, en el almacén reposaban unas planillas que diligenciaban los mismos Auxiliares. Finalmente, que el señor Cruz, le mostró las planillas y le indicó al Supervisor que se cerciorara que los Auxiliares se registraran.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2018 00658 01
Ord. Rubén Wilches Martínez Vs CAM Multiservicios

representante legal de la enjuiciada³², así como los testimonios de Liana Prada Castañeda³³ y Leidy Cristina Moreno³⁴.

³² CD Folio 212 Interrogatorio Olga Saldarriaga Min. 00:40:01. Indicó que no era la responsable de realizar la capacitación del reporte biométrico, en su momento no se encontraba en la compañía, desconociéndose si se realizó o no la misma. No conoce si la capacitación se realizó, el biométrico no se puede modificar, hay que hacer una comparación entre el biométrico y las planillas para determinar si hay alguna diferencia, pero en los biométricos entrar al sistema y modificarlo no es posible; el reporte dependía de otra persona, había otra persona que debía enviárselo, y entiende, que no se le **envió** a tiempo, pero dentro de las responsabilidades que cada quien tiene, está el de solicitar cualquier tipo de documento o acceso o herramienta para poder hacer o llevar a cabo las funciones que se le asignan. Sí, hay una persona encargada de enviarlo, Carolina, no recuerda el apellido. No recuerda si el trabajador hizo saber que no llegaban reportes a tiempo, supongo que sí, y en algún momento el señor Rubén Wilches solicitó o contó, pues decía que no le estaba llegando a tiempo, seguramente lo hubiera hecho, pero también el señor Wilches en ningún momento manifestó que no estaba teniendo a tiempo estos reportes. Desde 2018 se implementó el uso del biométrico, debido a que existían muchas quejas de los empleados frente al reporte de las horas extras, entonces, algunos momentos se reportaban o no se reportaban a tiempo, entonces la mejor manera es cuando las personas cuando llegan a la compañía marquen y cuando salen marquen también para poder hacer ese cotejo realmente de las horas trabajadas y poder también pagar adecuadamente a los empleados. En enero 2018, desde el principio de año de 2018. Cuando se hizo el cambio tanto el Gerente de Operación como la persona de recursos humanos se encargaron de socializar que el reporte ya no se haría solamente a través de las planillas como lo hacían los jefes, sino que se iba a tener que cotejar con el registro del biométrico, para poder de esta manera tener de forma más correcta y certera el registro y el pago que se le iba a hacer a los empleados. En reuniones, y pues de hecho creo que no era el único jefe que había, hay varios jefes y todos estaban en las mismas capacitaciones, se hace una socialización, entiendo que había un tiempo también como en todo proceso, un tiempo de adaptación, cosa que también, pero ya estamos hablando de mayo, digamos que tampoco es un proceso tan complejo yo comparo mis planillas con un reporte y de esa manera tratar de ser lo más correctos y no incurrir en errores a la hora de pagarle a los empleados, esa es básicamente la responsabilidad de que todo se pague de forma adecuada. En enero se empieza a implementar y a partir de febrero, luego ahí da el tiempo, a partir de febrero de 2018 ya digamos que se vuelve como la obligación de que las cosas empiecen a hacerse de manera adecuada y que empiece a haber diferencias entre lo que está escrito y el biométrico. Hay unos correos de Cristina y Miguel, el Gerente de Operaciones manifestando el incumplimiento o las faltas en los reportes que se están generando, creo que son del mes de abril y se llama la atención a la persona de que el proceso no se está haciendo de manera adecuada. Se hace algún disciplinario?: No. Solamente es un correo, si, pues porque yo creo que también estamos en un nivel donde no es de una vez hacer un disciplinario, hay un par de correos, entiendo primero, hay un correo no sé si primero es el de Miguel y luego el de Cristina, pero son dos llamados que digamos son de manera formal, de su jefe y de Recursos Humanos donde llaman al orden, digámoslo así a la persona, porque no se está cumpliendo la instrucción dada en los meses de enero y febrero y porque esto está afectando, o sea lo más importante es que esto afecta a la compañía con las responsabilidades que nosotros tenemos como contratistas y afecta a los empleados, porque, hay un malestar de parte de ellos cuando no se paga de forma adecuada las horas extras. Las fallas consistieron básicamente en reportar mal, en no comparar las horas de la planilla versus la del biométrico y tomar los correctivos frente a las diferencias, por reportar simplemente lo que está en las planillas. No estoy segura su señoría, no quiero dar un área de pronto a la que no estoy segura a que área pertenecía. Sí, tengo entendido que el reporte se entrega a Recursos Humanos y se le entrega a los jefes. A la nómina, si señora a Recursos Humanos o a la nómina. No, los jefes reportan directamente a la nómina, o sea, cuando yo hablo del Área del Recurso Humano es porque la nómina hace parte de esa área. Carolina a quien reportaba?: A los jefes, digamos que ella es una intermediaria a la hora de extraer los reportes, saca el reporte y se lo envía a los jefes, pero si a los jefes no les llega, o sea, este reporte, tanto como este o cualquier otro y más por las implicancias y lo delicado y lo sensible que es la situación de no pagar correctamente las horas extras, creo que también la responsabilidad como jefe es, si yo no tengo algo que es supremamente sensible para pagarle a los empleados y que esto genere un malestar o una inconformidad por parte de ellos, si no me ha llegado, mi responsabilidad también es la de solicitarlo, a parte porque estaban trabajando en la misma sede, no es que estuviesen en sedes distintas. La empresa llamó la atención a Carolina?: No, porque nunca estuvimos enterados de que ella estaba faltando a esa actividad. Se podía hacer alguna modificación posterior?: La idea es que no, porque si ya estamos dando por sentado que si estas comparando, pues que todas las diferencias que se encuentren tanto en el físico como en el sistema se tengan que conciliar antes de pagarles a las personas. ¿Por qué? Pues porque si lo hacemos posterior las personas ya están haciendo un reclamo y ya está la inconformidad y precisamente para eso... a ese punto es al que no se quiere llegar, que las personas sigan con la inconformidad que se venía manifestando y que los jefes previamente hicieran el cotejo entre lo físico y lo que estaba en el biométrico y previo al pago de la nómina se pudieran hacer todas las conciliaciones que tuviésemos que hacer. Las quejas no eran solamente contra el señor Rubén, las quejas eran generalizadas de los procesos, las personas se quejan, porque su nómina no llega de forma adecuada, entonces ahí nos empezamos a dar cuenta que hay inconsistencias, en algunos casos también los jefes que obviamente encuentran inconsistencias a la hora de generar las pre nóminas y por eso se tomó la decisión de montar un control adicional que es el biométrico, para poder antes del pago estar seguro de qué es lo que se les va a pagar a las personas. ¿Hubo más áreas o más jefes que presentaron inconsistencias? No sé su señoría, creo que no, pero no quiero hacer una afirmación que no estoy cien por ciento segura. No, porque hasta ese momento las inconsistencias que se estaban presentando solamente eran con el señor Rubén, nadie más al momento de implementar el biométrico durante esa época presentó alguna inconsistencia. El reporte del biométrico, no, creo que se los iban a entregar, deberían averiguar, o sea, deberían estar atentos a la recepción de los informes o en su defecto también deberían preguntar por él. Se le impone la obligación de tener que consultarlo, o sea, la obligación es, el biométrico existe y el biométrico se va a cotejar con las planillas, esa es la obligación. De dónde sale el biométrico, de un sistema, en algunos momentos las personas, del biométrico se le entregaban, si yo sé que no me lo están entregando, yo no puedo decir que estoy omitiendo una falta, porque no me lo están entregando, cuando estoy trabajando al lado de una persona y le digo me lo puedes entregar.

³³*** CD Folio 212 Min 1:29:54. Trabaja para CAM desde el 2014. Actualmente me desempeño como Generalista de Recursos Humanos. Para el año 2017- 2018 Coordinadora Administración Personas. Para servir de testigo del proceso que lleva Rubén con la Empresa. Sí. Aduce que no existió una justa causa por la cual le fue terminado el contrato. Yo ingresé a este proyecto en septiembre de 2017, a encargarme de procesos de Recursos Humanos allí más o menos de octubre del 2017 empecé a recibir las novedades que todos los jefes y coordinadores de área enviaban a recursos humanos para su debido proceso y pago de la respectiva nómina. Esto ocurrió de allí en adelante hasta diciembre del 2018, que yo estuve en este contrato. Para el mes de mayo se empieza hacer una investigación específicamente con el proceso de almacén debido a unas inconsistencia que se venían encontrando desde meses anteriores,



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2018 00658 01
Ord. Rubén Wilches Martínez Vs CAM Multiservicios

específicamente desde febrero a marzo, donde las novedades que se estaban reportando, que se pedía semanalmente no coincidían con lo reportado real al final del mes, esto generaba inconsistencias en reprocesos tanto en el proceso de recursos humanos en la nómina que se pagaba a nivel nacional, porque muchas veces se retrasaba el pago de nómina por no tener novedades a tiempo, también ocasionaba molestias por los trabajadores, al no recibir el pago completo de las horas extras y recargos. Se empieza la investigación, se hace el llamado proceso disciplinario, posteriormente se hace una ampliación a estos de descargos, y luego de evaluado todo el proceso se determina la terminación del contrato digamos por falta de control del proceso y todas las afectaciones que esta falta de control del proceso generaba tanto al contrato como a la compañía. Yo hacía parte directa de recursos humanos como coordinadora administración personas, era yo quien recibía correo electrónico las novedades reportadas por Rubén y por todos los jefes y coordinadores de las áreas, yo consolidaba esa información tanto semanal como mensualmente para reportar a la jefatura de recursos humanos y el director del contrato. Yo realicé la citación al proceso disciplinario que fue solicitado por el jefe inmediato de Rubén Wilches en su momento, tenía el seguimiento del proceso disciplinario y estuve enterada de todo lo que sucedió. Desde abril, marzo perdón del 2018, sino me equivoco, yo reportaba como le indicaba, yo consolidaba los reportes que me realizaban y reportaba y hacía un seguimiento, esto lo reportaba a la jefatura de los recursos humanos, indicando esto fue lo reportado semana a semana, esto es el consolidado a final de mes, estas son las diferencias, estos son los procesos que reportaron información exacta, y estos son los procesos que reportaron información inexacta, esta es la información que consolidaba se reportaba al director del proyecto y hacían un análisis en todos los comités de los viernes, junto con los jefes y coordinadores y a su vez reportaba a nomina transversal. Tenía la información vía correo electrónico en archivos en Excel, me reportaba a mí la información. Para este caso Rubén Wilches reportaba esa información. Existía un reporte por semana a corte de semana vencida y a final del mes se les pedía un reporte consolidado, entonces al validar estos dos reportes, era que se encontraba las inconsistencias. Ellos como primera herramienta manejaban unas planillas de asistencia manuales donde estaba el personal del área su turno de trabajo, y diariamente tenían que registrar hora de ingreso y salida, adicional a esto se tenían un reporte de registro biométrico, que todos por obligatoriedad debíamos marcar al ingreso y salida del turno, digamos que se debía hacer la comparación de esta información, registro manual, contra registro biométrico, siempre se le daba más credibilidad al registro biométrico, con la huella de la persona no debería existir ninguna inconsistencia en las horas causadas en un día a la semana y al mes, lo que se debía hacer era comparar la información, ajustar los requerimientos que fueran necesarios, y posteriormente reportar a recursos humanos. Siempre en los comités directivos de los viernes, se les impartía todas las novedades, instrucciones, todo lo que se debía hacer por parte de los coordinadores y jefes de áreas, de los recursos humanos se impartía directrices a las áreas. Se designo una persona Carolina Cruz, ella era la persona que tenía el usuario de acceso a la plataforma o herramienta de biométrico, ella tenía que enviar el reporte a todas las áreas, sin embargo, todos los jefes y coordinadores, como todos estábamos en la misma sede, teníamos acceso y la posibilidad de cada vez que lo requiriéramos pedir un reporte de biométrico a Carolina Cruz, quien cumplió la obligación. No sé si a tiempo, porque no recuerdo si existía un tiempo exacto para el reporte. No tenía yo acceso, no tenía usuario directamente, pero en el momento que lo requiriera podía hacer la solicitud a Carolina Cruz, para hacer la validación.

³⁴ CD Folio 212 Min 00:58:00. Lo conozco porque éramos compañeros de trabajo, el liderando el área del almacén de uno de los contratos que fue asignada en el cargo de jefe de recursos humanos. Sí, porque al señor Rubén Wilches fue despedido por justa causa por un incumplimiento a sus funciones. Bueno, él en su rol de jefe de almacén o en el rol que nosotros tenemos como jefes, una de las funciones es gestionar el personal y dar soportes o novedades de esas actividades que hacen esos trabajadores que están a cargo nuestro, en ese rol, Rubén tenía que, digamos que una de sus funciones o una de las directrices que se había dado es que ellos tenían que hacer el reporte de las horas extras o las novedades causadas del equipo de trabajo que tenía a cargo, en esos reportes se presentaron algunas inconsistencias que llevaban incumplimientos de pago a los trabajadores y retrocesos, incluso en los procesos que nosotros teníamos en recursos humanos. Rubén fue ascendido a ese cargo y pues digamos que los cargos de jefatura tienen esa responsabilidad de notificar esas novedades a las áreas correspondientes, yo particularmente llegue al contrato donde él estaba asignado sobre septiembre, octubre de 2017, y en ese mes, él ya nos empieza a hacer el reporte de novedades y de horas extras, estos reportes que se hacen pues entendería yo que tenían como todo el entendimiento de cómo se debían reportar las horas extras del personal que tenía a cargo, sin embargo, digamos que desde octubre se viene reportando, nosotros en febrero de 2018, empezamos a hacer un seguimiento mucho más puntual y un seguimiento más cercano a esas novedades y en febrero hicimos varias socializaciones de cómo se iba a hacer el proceso para que el proceso se llevara a cabo efectivamente, desde febrero empezamos, hicimos febrero, marzo un acompañamiento, en abril ya lo dejamos más formalizado el procedimiento que debía hacerse y pues el que tenía conocimiento Rubén. Si, el reporte lo venían haciendo o lo veníamos haciendo los jefes en un archivo, ese archivo se consolidaba con las horas que se generaban y ese archivo tenía de adicional un reporte de planilla que se hacían generadas, ellos consolidaban la información, la enviaban mediante correo electrónico al área de recursos humanos y nosotros a su vez le enviamos al área que procesaba las novedades de nómina y el pago como tal, dada las inconsistencias que empezamos a presentar en febrero se hizo un acompañamiento y ese acompañamiento estaba comprendido en que nosotros hacíamos seguimiento a los jefes y enviábamos ese reporte cuando se encontraba alguna diferencias.

proceso como se hacía, ellos debían de hacer la planeación o la programación de los turnos de su equipo de trabajo o como iban a trabajar en esa semana o en ese mes y diariamente ellos hacían la recolección o hacían el registro en una planilla diaria de entradas y salidas, adicional se hacía la revisión con la herramienta del huellero o por biométrico y allí hacían la comparación entre el registro de la planilla y el biométrico y una vez hacían esa comparación y esa verificación se hacía el reporte a recursos humanos, en abril se sigue presentando inconsistencias en donde se reportan en planillas, se relacionan unas horas y en biométrico se relacionan otras horas, dada la diferencia se hace una formalidad mediante correo electrónico, diciendo como es el proceso y diciendo también que no podemos seguir cometiendo los mismos errores porque nos están generando reproceso. Como tal los jefes no tenían un usuario, pero si tenían el acceso a la información, ellos conocían a la persona encargada que manejaban la información y podían acercarse a esa persona para solicitar el descargue de la información y hacer la comparación cuando ellos lo requirieran conveniente. Ella era la que consolidaba a nivel general todas las personas del proyecto, todas las jefaturas y se llama Carolina Cruz. Si, tenía la obligación de enviarlo y también tenía la obligación de entregarlo en la medida que los jefes lo solicitaran o cuando los jefes lo solicitaran. El día pactado era semanal, nosotros siempre desde recursos humanos enviábamos el cronograma del día que debía reportarse esas novedades referentes a horas extras, la tenía de conocimiento los jefes y también la tenía de conocimiento carolina. En marzo, se presentaron inconsistencias que fueron, o sea, se ejecutaron en marzo, se evidenciaron en abril, de esas se envió documentación nuevamente o se envió la notificación de las inconsistencias, nuevamente se tienen inconsistencias en el mes de mayo, en el mes de junio, no recuerdo si en el mes de julio, si en el mes de julio creo que también y fue por eso llamado a descargos. Como te decía, pues se venía haciendo un seguimiento un poco más exhaustivo porque cada vez todos los meses había inconsistencias, el jefe inmediato de Rubén, el señor Carlos Acuña, hace una verificación nuevamente de las inconsistencias o una verificación de lo que reporta Rubén



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2018 00658 01
Ord. Rubén Wilches Martínez Vs CAM Multiservicios

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que Rubén Darío Wilches Martínez, al momento de su desvinculación fungía como Jefe de Almacén y, dentro de sus funciones se encontraba el control de entrada y salida del personal a su cargo, por ello, debía reportar las horas extras generadas, atendiendo tanto el registro manual elaborado por los Auxiliares, como el sistema de control por huella biométrica, en este sentido, en una revisión efectuada el 30 de junio de 2018, respecto de las novedades de mayo, la convocada a juicio evidenció inconsistencias que generaron reprocesos y riesgos económicos que de no haber detectado hubiera cancelado horas extras no laboradas, situaciones fácticas que puso en conocimiento del demandante en la diligencia de descargos de 13

contra lo que reporta el biométrico y allí encuentra unas inconsistencias, dada esa diferencia, él nos solicita al área de recursos humanos iniciar el proceso de investigación correspondiente. Sí, no sé, digamos, se estaba como alineando todos el proceso, estábamos llevando la etapa de ajuste y alineamiento, no se hicieron llamados a descargo no se hizo el proceso de descargo a ningún jefe inmediato pero si se hizo el acompañamiento y las novedades las relacionábamos en las reuniones de seguimiento y alineación que obteníamos con el equipo de coordinadores, empezamos como hacer los seguimientos, a hacer los llamados verbales, no tengo conocimientos si el jefe los hizo, creería que sí, porque esas retroalimentaciones las hacia directamente los jefes desde nuestro lado no hicimos un llamado verbal, pero si se hacía como todo el acompañamiento para todos los jefes cuando tenían dudas o no sabían cómo hacer los reportes, nosotros les acompañábamos en las herramientas. Nosotros lo modificábamos, sin embargo todas las inconsistencias que empezamos a encontrar nos empezaron a generar un colapso de nómina transversal porque no solo somos un proyecto sino que éramos una nómina de muchas más personas, empezaron a tener demasiados inconvenientes a nivel nacional, entonces lo que hicimos y fue la instrucción clara que dimos, fue una vez se reportaran las inconsistencias debíamos de asegurar, cada jefe tenía la responsabilidad, de asegurar que lo reportado era la información real porque no íbamos a poder a hacer cambios porque estábamos afectando la nómina de 2.500, creo que en su momento eran trabajadores adicionales. La Sra. Carolina lo enviaba semanal a los jefes y lo enviaba también a medida que los jefes lo solicitaran a ella. Si el jefe lo quería ver cada dos días o todos los días, se lo solicitaban a carolina y carolina estaba en la obligación de compartirlas el archivo. Hasta donde tengo conocimiento no lo solicitaba, él esperaba a que carolina le enviara el archivo. Pues si lo que recuerdo es que nosotros lo que establecimos fueron las personas que iban a apoyar el proceso de reporte de horas extras en este caso, carolina iba a ser una persona clave en ese apoyo para que ellos pudieran tener ese contacto directo con ella y pudieran hacer la verificación entre ambas o con la información que ella suministraba pudieran hacer esa verificación como segundo filtro, también se les explico que tenían, o sea, llenaban su planilla o llenaban su registro de control diario y era necesario que hicieran la verificación contra biométrico antes de enviar ese reporte, no se podía hacer una sola verificación precisamente para que no incurriéramos en inconsistencias después. Ahí si se hacía o el jefe tenía la responsabilidad de hacer la trazabilidad de la inconsistencia o porque el biométrico tenía una hora y la planilla tenía una hora, tenía las evidencias como jefe y si era real y conciliaba entre los dos reportes y el reporte que ya enviaba en el Excel que enviaban a recursos humanos era el reporte que ya tenía esas inconsistencias verificadas. Si claro, haciendo la investigación previa, a ver si era que había tenido una inconsistencia de firma o en realidad si había alargado su turno, él ya con el reporte era la información final y veraz. Pues que yo recuerde había inconsistencias de los jefes, pero siempre se acercaban o si tenían dudas se acercaban a alguno de nosotros o a carolina y ellos hacían sus reportes normales. No se abrió otra investigación a otro jefe. Tenía básicamente, eran dos herramientas, una era el registro de planillas que se llenaba a diario con el personal y el segundo era el registro biométrico. No, que yo lo recuerde no, que nos haya dicho explícitamente que no tenía la inducción no y digamos que, si hacíamos o él más bien, hacia todos los reportes semanales. No lo recuerdo tampoco, lo que si recuerdo es que Carolina tenía una hora para enviarlos, ella lo podía enviar a las diez de la mañana y los jefes tenían todo el día para enviar los reportes de novedades. No, no tenía una hora, ella lo enviaba y los jefes tenían todo el día para reportarlo. No una hora exacta, ella lo enviaba y una vez con esa información los jefes trabajaban para poder enviarlo en el mismo día. No, como ejemplo, ella lo enviaba por ejemplo no sé, a las ocho, a las nueve, a las diez, hoy no te puedo decir semanalmente a qué horas lo enviaba, pero ella lo enviaba y sobre ese informe los jefes podían trabajar para hacer la correlación. Sí, no recuerdo si lo hizo en la tarde, pero podría haberlo hecho, había un día establecido para el envío. A la Sra. Carolina se le abrió algún proceso disciplinario. No que yo recuerde.



de julio de 2018³⁵ y en su ampliación de 01 de agosto siguiente³⁶, en este orden, se encuentran demostradas las conductas endilgadas en la carta de desvinculación, que impone analizar y determinar si constituyen justos motivos para la terminación del contrato de trabajo.

El informe de novedades laborales de 05 de julio de 2018, solicitado por Carlos Augusto Acuña, Coordinador de Área de Negocios, referente a los hechos ocurridos y descritos en precedencia³⁷, originó el procedimiento disciplinario citando al demandante a diligencia de descargos al siguiente día de recibida la citación, esto es, el día 13 de los referidos mes y año, a las 8:00 a.m., actuación en que se calificó la falta como grave y como sanción aplicable la terminación del contrato de trabajo con justa causa³⁸.

En la diligencia de descargos Rubén Darío Wilches Martínez dijo saber que dentro de sus funciones se encontraba el reporte de horas extras, de importancia para la compañía, aclarando que el soporte biométrico que debía suministrar Carolina Cruz no le fue entregado en las fechas ni horarios indicados, por ende, se apoyó en las planillas que diligenciaron los Auxiliares de Almacén, aseveró que no contaba con la posibilidad de exportar la información o usuario para acceder al registro biométrico y, aclaró

³⁵ Folio 7 a 10.

³⁶ Folios 11 a 15.

³⁷ Folio 80.

³⁸ Folio 82.



que respecto de las inconsistencias relacionadas en el acta de descargos no tuvo conocimiento sino hasta ese momento, por ello, solicitó plazo para validar y entregar los soportes físicos que corroboraran la información, señalando además, que hubo personal que presentó inconvenientes al registrarse; agregó que recibió el biométrico de la persona encargada después de reportar las horas a RRHH, sin poder modificar las novedades de semanas anteriores dada la directriz recibida vía correo electrónico; señaló que no recibió llamado para verificar las inconsistencias y solucionarlas, consideró que lo dicho no era causal de terminación del contrato, pues, era el primer informe en que tenía la oportunidad para presentar los soportes³⁹.

En la ampliación de descargos, con presencia del abogado de la empresa, Wilches Martínez complementó las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las situaciones fácticas objeto del proceso disciplinario, reafirmando que la delegada para reportar el biométrico era Carolina Cruz, quien enviaba el reporte de forma tardía cuando él ya había enviado las novedades a Recursos Humanos, entonces no podía modificarlas después, aportó pantallazos de las fechas y horas que corroboraban lo dicho, en este sentido, manifestó que elaboró el reporte con las planillas manuales que se llevaban en el almacén; asimismo señaló que con el nuevo sistema se presentaron errores como bloqueos y personal que no podía registrar su huella por dermatitis, situaciones que pese a haber sido notificadas no fueron solucionadas; tampoco contaba con inducción o explicación para descargar el reporte del

³⁹ Folio 8 a 10.



sistema; respecto al detalle del llamado a descargos señaló que tenía personal que iba a “MRO” para trasladar material a CODENSA, que duraba todo el día allá sin tomar hora de almuerzo. Preciso que el Auxiliar Javier Alfonso tenía horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes, los días 08, 10 y 19 de mayo de 2018 hizo 45 horas de lunes a viernes y el sábado fue a completar sus 3 horas, por ende, cuando se quedó hasta las 5:30 p.m. hizo 0,5 horas extras en cada uno de los tres días para un total de una hora y media extra. Aportó en 6 folios las explicaciones de cada una de las inconsistencias que se mencionaron en el cuadro de reporte de incumplimientos. En lo atinente a si revisaba los biométricos después de enviar los reportes de novedades, dijo que no podía hacer modificación al reporte, pues en principio se enviaba con las planillas a Recursos Humanos, después llegaba el biométrico y se revisaba que concordara, se remitía dicha información durante las cuatro semanas del mes, solicitaban el reporte final del mes, el cual iba con sus correcciones, pero Recursos Humanos manifestaba que había variación, por ello, la directriz de Miguel Gómez, a través de correo, fue que después de enviar semanalmente el reporte no se podía hacer corrección alguna, por eso a partir de ese momento no se desgastaba en verificar biométricos. Todos conocían que los reportes del biométrico no se remitían oportunamente⁴⁰.

En su interrogatorio de parte, Wilches Martínez señaló que inicialmente el reporte de las horas extras lo hacía el Supervisor, que en marzo de 2018 se le delegó esa función, para lo cual tenía en cuenta los soportes que llegaban del almacén, pues, pese a

⁴⁰ Folios 11 a 15.



solicitarle a Carolina Cruz la información biométrica, esta llegaba en forma tardía, circunstancia que conocía Recursos Humanos y todo el personal, por ello, aceptó que no cotejaba el registro biométrico, aduciendo que una vez se enviaba el reporte de horas extras semanalmente, no se podía modificar.

La representante legal de la convocada a juicio confesó que el reporte del actor dependía de la información enviada por la encargada del biométrico, Carolina Cruz y, que las fallas de Wilches Martínez fueron no comparar las horas de las planillas con el biométrico, por ende, no tomar correctivos frente a las diferencias existentes, que a su vez coincide con lo narrado por los testigos Leidy Cristina Moreno y Liana Prada Castañeda, en cuanto a que la encargada del registro biométrico era Carolina Cruz, quien tenía la obligación de enviar el reporte de acuerdo con el cronograma, agregaron que los jefes no tenían usuario para acceder a dicho registro.

De lo expuesto se sigue, que el procedimiento de verificación del reporte biométrico para efectos de relacionar las horas extras de los trabajadores a cargo del demandante, función que le había sido asignada, dependía de un tercero, esto es, de la persona encargada de entregar a tiempo el reporte biométrico para que aquel pudiera cotejar el registro manual elaborado por los Auxiliares y así tener la información para el pago de las horas extras, como lo confesó la Representante Legal de la empresa y, lo corroboraron los testigos Leidy Cristina Moreno y Liana Prada Castañeda.



Siendo ello así, pese a que el actor no cumplió la instrucción dada por sus superiores respecto al cotejo del reporte biométrico con la relación manual elaborada por los Auxiliares del Almacén sobre las horas extras por estas laboradas, ello obedeció a circunstancias ajenas a su actividad, pues, dependían de un tercero, pese a lo anterior, el demandante sí realizó la labor encomendada, en tanto, reportó las horas extras, pero, con los recursos que tuvo a su alcance, esto es, con el control manual.

En adición a lo anterior, Wilches Martínez no fue requerido para aclarar y/o solucionar la situación presentada con el reporte de horas extras, previo a la diligencia de descargos, actuación en la que pese a presentar pruebas y explicar lo sucedido, no se acogieron los correctivos pertinentes, solo se optó por su desvinculación, aunque no se generaron pérdidas económicas para la empresa. En este orden, la conducta endilgada al trabajador no reviste la gravedad para terminar el vínculo contractual laboral, en tanto, antes de asumir la decisión de despido, la enjuiciada debía implementar medidas que permitieran la efectividad de los procedimientos establecidos, resolviendo la falta de entrega oportuna de los reportes biométricos, ponderando que el accionante no tenía acceso directo a dicho reporte, trabajador que durante su tiempo de servicio no tuvo llamados de atención, por el contrario fue ascendido al cargo de Jefe de Personal en 2016. En consecuencia, procede la indemnización por despido ordenada en la sentencia de primera instancia, que impone confirmarla en este aspecto.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA



La Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 65 del CST – modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 –, así como a la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Corte Suprema de Justicia, en cuyos términos, la sanción moratoria es inviable cuando a la terminación del contrato no se cancelan vacaciones e indemnizaciones, por cuanto dicho resarcimiento está previsto solo para la falta de pago oportuno de salarios y prestaciones sociales⁴¹.

En el *examine*, el actor pretende la sanción moratoria por impago de la indemnización por despido injusto, acreencia que no genera el resarcimiento pretendido. 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 censurada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

⁴¹ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia 78461 de 21 de abril de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2018 00658 01
Ord. Rubén Wilches Martínez Vs CAM Multiservicios

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

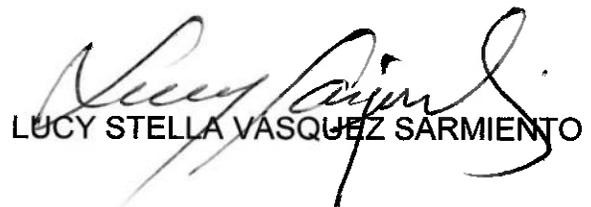
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 EDNA CONSTANZA
OTÁLORA ROZO CONTRA MULTIENLACE S.A.S.**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 la demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 17 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



La actora demandó se declare la existencia de un contrato de trabajo indefinido, la vulneración por la enjuiciada de derechos mínimos sobre jornada, salario y, subordinación, con cláusulas ineficaces que desmejoraron sus condiciones de trabajo, en consecuencia, se le reconozcan salarios no pagados, aportes a seguridad social con el salario real, reajuste de auxilio de cesantías con intereses y sanción por falta de consignación, primas legales de 2012 a 2018, reajuste de vacaciones, perjuicios morales, indexación, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que labora para Multienlace S.A.S. antes Allus Global Center BPQ Multienlace S.A.S. desde 19 de junio de 2012, como Asesora del Cliente DIRECTV, inicialmente con contrato a término fijo modificado a indefinido a partir de 01 de junio de 2013, con jornada laboral flexible de 36 horas a la semana, quedando facultado el empleador para cambiar turnos o jornada, que podía ser de 4 y 10 horas diarias; el 26 de junio de la anualidad en cita, su jornada laboral se modificó a 42 horas semanales con turnos programables en días domingo y festivos, siendo su salario hora de \$3.106.83, más una "variable", modificado en febrero de 2017 estableciendo una asignación básica de \$796.000.00 más una variable mensual por desempeño de \$410.000.00; en septiembre de 2016 se le informó que la línea DIRECTV se trasladaría a Medellín, desde ese momento no le programaron turnos dominicales y festivos, fue enviada a vacaciones y, cuando regresó la empresa le ofreció reubicarla en la línea ETB, como Asesora de Servicio al Cliente y Soporte Técnico, con un salario hora de \$3.330.00 más una "variable" de \$80.000.00 "para un salario mensual de \$880.000.00", pero, se le descontaba el tiempo utilizado para ir al baño y, el tiempo de desconexión,

¹ Folios 144 a 146.



por lo que, recibía un ingreso de \$741.200.00; como no aceptó las condiciones ofrecidas fue reubicada en otra línea, en que el valor hora era de \$3.530.00 más una "variable" de \$80.000.00 y, se le entregó un carta indicando que desde 28 de marzo de 2017 quedaba reubicada y, se debía presentar a entrenamiento, proceso que duró 12 días; en junio de ese año, tuvo que enfrentar problemas técnicos que impidieron su buen desempeño e, incidieron en su salario que no alcanzó el mínimo legal; la Supervisora comenzó con actos de acoso laboral, por lo que, pidió al Ministerio de Trabajo una investigación; el siguiente día 31, solicitó a la empresa una mejor reubicación, pero, le respondió que ya se había efectuado de acuerdo a su perfil; el 05 de mayo de esa anualidad, reclamó por maltrato y desmejoramiento de condiciones laborales, sin recibir respuesta; el día 10 de los referidos mes y año, acudió al Ministerio de Trabajo para exigir el cumplimiento del contrato de trabajo; el 14 de julio siguiente, se realizó audiencia de conciliación y, se acordó su reubicación laboral, posteriormente le ofrecieron cambio para el Área de Ventas, que no aceptó porque, consideró que no cumplía el perfil del cargo. La situación laboral empeoró su condición de salud, presentando estrés, migraña, dolor de oído y, vértigo, tampoco contaba con una silla ergonómica, diadema, ni elementos adecuados para trabajar; desde el 19 de septiembre de 2017, le suspendieron algunas actividades que ocasionaron un ingreso de \$662.000.00; actualmente labora de 07:00 a.m. a 03:00 p.m. de lunes a sábado².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

² Folios 146 a 149.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Multienlace S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto a la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida; en cuanto a los hechos, aceptó el extremo temporal inicial, las modalidades de duración convenidas, el cargo, la remuneración y su modificación, el derecho de petición y su respuesta, la citación al Ministerio de Trabajo y, la oferta de un nuevo cargo. En su defensa propuso las excepciones de pacto de salario entre las partes bajo la modalidad de salario mixto, existencia de pacto de jornada flexible, inexistencia de *causa petendi* sobre los reajustes reclamados en las pretensiones, inexistencia de la obligación de reajustar los derechos laborales causados por la demandante, inexistencia de obligación de pagar sanción moratoria, pago de todos los derechos laborales incluyendo cesantías, inexistencia de conductas de acoso laboral y, prescripción³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a Multienlace S.A.S. e, impuso costas a Edna Constanza Otálora Rozo⁴.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

³ Folios 169 a 182.

⁴ CD y Acta de Audiencia, Folios 235 a 236.



Se encuentra acreditado dentro del proceso, que desde 19 de junio de 2012 Edna Constanza Otálora Roza labora para Multienlace S.A.S. mediante contrato de trabajo de duración indefinida, situaciones fácticas que se coligen del contrato suscrito a término fijo⁵, sus *otrosíes*⁶, la constancia de afiliación a la ARL SURA⁷, el formulario de afiliación a la Caja de Compensación Familiar COLSUBSIDIO⁸ y, lo aceptado por la enjuiciada al responder la demanda⁹.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta.

CONDICIONES LABORALES – SALARIO

La Sala se remite a los artículos 43¹⁰ y 132¹¹ del CST sobre cláusulas ineficaces y formas y libertad de estipulación salarial, así como a lo explicado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, en cuanto a que el último de los preceptos en cita establece la libertad de que gozan los sujetos de la relación laboral para convenir el salario en

⁵ Folios 8 a 9 y 211 a 213.

⁶ Folios 10 a 11 y 197 a 200.

⁷ Folio 204.

⁸ Folio 205.

⁹ Contestación al hecho 1°.

¹⁰ ARTICULO 43. En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.

¹¹ ARTICULO 132. 1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.



sus diversas modalidades, no solo al inicio del contrato, también para modificarlo durante su vigencia, con la única restricción de no afectar el mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, norma que prevé como única prohibición la posibilidad del empleador de disminuir la remuneración en forma unilateral e, inconsulta en contra del trabajador, entonces, estipulaciones en tal sentido efectuadas por los contratantes, tienen pleno valor, siempre que no se afecte el salario mínimo del trabajador o se demuestre la existencia de algún vicio en el consentimiento¹².

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada¹³, (ii) carta de 27 de marzo de 2017 comunicando a la actora el inicio de entrenamiento por reubicación el siguiente día 28¹⁴, con respuesta de Edna Constanza, en que manifestó su desacuerdo¹⁵, (iii) escrito de 25 de abril de 2017 dirigido a la demandante, indicándole la inviabilidad de una nueva reubicación¹⁶, (iv) comunicación de 05 de mayo siguiente, en que Otálora Roza solicitó a la empleadora le informara los criterios para perfilación y asignación de línea¹⁷, (v) citación y acta de compromiso de 24 de julio de 2017, expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC 17, en que la convocada a juicio se comprometió a realizar validaciones para mejorar la compensación variable de la trabajadora¹⁸, (vi) formato de solicitud de servicio de Defensoría Pública, por la supuesta desmejora en su

¹² CSJ, Sala Laboral, sentencia 54261 de 01 de noviembre de 2017.

¹³ Folios 2 a 7 y 161 a 167.

¹⁴ Folio 12.

¹⁵ Folio 13.

¹⁶ Folios 14 y 227.

¹⁷ Folios 15 a 17.

¹⁸ Folios 18 a 20.



salario¹⁹, (vii) comunicados de 22 de noviembre de 2017 y 24 de mayo de 2018, a través de los que el Ministerio del Trabajo informó a la demandante el estado de su solicitud de investigación y, la requirió para que aportara datos que individualizaran al reclamado²⁰, respectivamente, (viii) historia clínica de Edna Constanza emitida de 23 de mayo de 2018 a 03 de enero de 2019, en que aparecen diagnósticos de “HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL”, “DORSALGIA, NO ESPECIFICADA”, “SÍNDROME DE LA ARTICULACIÓN CONDRÓCOSTAL”, “INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS”, “ESPOLÓN CALCÁNEO”, “OTALGIA”, “MALOCLUSIÓN DE TIPO NO ESPECIFICADO”, “GINGIVITIS CRÓNICA” y, “TRASTORNOS DE LA ARTICULACIÓN TEMPOROMAXILAR”, entre otros²¹, (ix) ficha de matrícula de la actora²², (x) aceptación de políticas de seguridad de información y confidencialidad para empleados de Multienlace S.A.S. y sus anexos²³, (xi) convenio de capacitación y entrenamiento²⁴, (xii) formato de condiciones laborales suscrito el 09 de mayo de 2012, que indica: compensación fija por hora de conexión \$2.986.00, compensación fija equivalente a la jornada semanal \$587.600.00, compensación variable – meta mensual \$179.200.00²⁵, (xiii) formato que señala las condiciones para el cargo de Agente Vodafone SAC, con anotación de la demandante “No acepto las condiciones, ya que esta es una línea sujeta a ventas, mi perfil no es comercial”²⁶, (xiv) solicitudes de licencias no remuneradas y permisos, de 30 de agosto de 2013, 02 de febrero de 2017, 16 de marzo de 2018, 18 de abril de 2018, suscritas por la actora, para atender compromisos

¹⁹ Folio 21.

²⁰ Folios 22 a 24.

²¹ Folios 25 a 143.

²² Folio 185.

²³ Folios 186 a 193.

²⁴ Folio 194.

²⁵ Folio 195.

²⁶ Folio 196.



familiares y cita médica²⁷, (xv) petición de autorización para retiro de cesantías²⁸, (xvi) hoja de vida de la demandante²⁹, (xvii) escritos de solicitud de vacaciones³⁰, (xviii) acta de inspección reactiva, que menciona la investigación por posible desmejoramiento laboral y disminución salarial de Edna Constanza³¹, (xix) archivos digitales correspondientes a colillas de pago y, planillas de aportes a seguridad social³².

También se recibieron los interrogatorios de parte del representante legal de la demandada³³ y, de la accionante³⁴, así como los testimonios

²⁷ Folios 206 y 208 a 210.

²⁸ Folio 207.

²⁹ Folios 214 a 215.

³⁰ Folios 216 a 223.

³¹ Folios 224 a 226.

³² CD Folio 231.

³³ CD Folio 236 (1), Min. 00:27:50. Juan Felipe Molina Álvarez, Abogado. Dijo que la actora fue contratada para el cargo de Asesora Comercial, teniendo como función atender las llamadas de los clientes del usuario al que se le asignara, inicialmente se pactó una jornada mínima de 36 horas, se paga por hora conexión, la jornada flexible hace referencia al artículo 36 de la Ley 789 de 2002, sobre la distribución de la jornada de trabajo, siendo mínimo 4 horas diarias y, máximo 10 horas, por lo que no se pagan horas extras, los horarios dependen de cada cliente; la demandante tenía un salario mixto, es decir por tarea y desempeño, se componía de un valor fijo de hora conexión efectiva – tarea – y, una variable, que se calcula según los parámetros determinados por la empresa – desempeño –, la bonificación es fijada por el cliente, se tiene en cuenta como factor salarial, solo se paga el valor de la hora efectivamente prestada, es decir no si está en la empresa disponible para trabajar, sino si se conecta, el tope máximo que podía devengar la trabajadora como valor variable, que dependía del desempeño, estaba para 2012 en \$179.200.00, para 2013 en \$197.561.00, 2014 en \$206.442, 2015 en \$251.802, para 2016 en \$296.907.00, para 2017 en \$372.232.00; el perfil de contratación de la actora consistía en que debía ser buena en atención al cliente y, tener conocimientos en ventas; sabe que actualmente la actora presta servicios en el área de back office – respaldo a la oficina – y ya no atiende llamadas del público, por lo que no conoce el horario de trabajo.

³⁴ CD Folio 236 (1), Min. 01:17:05. Edna Constanza Otálora Rozo, Diseñadora Textil. Señaló que no presentó queja ante el comité de convivencia laboral, pero sí acudió a recursos humanos y, nunca la atendieron, porque decían que las personas de DIRECTV tenían cansadas a las psicólogas, también denunció el acoso ante el Ministerio del Trabajo, Tatiana Beltrán no labora en la empresa desde diciembre de 2017, insistió en la queja por acoso laboral ante el Ministerio del Trabajo, dentro de los seis meses posteriores al retiro de Tatiana Beltrán; firmó el contrato presumiendo la buena fe, sin verle inconveniente a la cláusula cuarta, solo lo manifestó hasta que se produjo la reubicación, se le ofreció trabajar con la línea Vodafone, pero no aceptó porque esta se trataba de ventas, no sabe si en esa línea la variable era mayor a la de DIRECTV, pero sí que ganaban mucho más; cuando estuvo en DIRECTV le respetaron las jornadas mínimas de 36 y 42 horas, nunca le hicieron exámenes, sino solo hasta la reubicación y en la audiometría le dijeron que estaba enferma de un oído, pero el segundo examen salió bien, los recursos con los que contaba estaban en mal estado y había mucho ruido en el lugar, en la EPS le enviaron analgésicos y luego recomendaciones médicas, fue reubicada en el área de back office desde abril de 2019, tenía 30 minutos de descanso en el día, pero sí requería tiempo adicional para, por ejemplo, ir al baño, le descontaban ese tiempo, los *breaks* si están incluidos en el pago.



de Claudia Casiano³⁵, Ingrid Yasmín Santamaría³⁶, Diana Carolina Bastidas Caicedo³⁷ e, Ivonne Cajamarca³⁸.

³⁵ CD Folio 236 (1), Min. 01:52:40. Claudia Casiano, Psicóloga. Manifestó que es trabajadora de la demandada hace cinco años, como Jefe del Área de Talento, conoce a la actora porque alguna vez estuvo en esa Área por un tema de reubicación, no sabe el tipo de contrato de la demandante, pero la empresa normalmente contrata a término fijo, el cargo es representante de servicios, que se encarga de servicios, ventas y cobranzas, no sabe desde cuándo inició, sabe que sigue vinculada prestando servicios para el cliente ETB, no sabe el salario que devenga, cuando se acabó la campaña de DIRECTV, se le dio la oportunidad a la actora de pasar a la de ETB, no tuvo conocimiento de un acoso que sufriera, no conoció a Tatiana Beltrán, ni quejas que se hubiesen presentado por ella ante el Ministerio del Trabajo, el salario se compone de un básico fijo y una variable que depende de cada operación y campaña, no conoce los salarios que devenga, ni el horario. El área jurídica queda al lado de su oficina, por lo que conocería de una posible noticia de acoso, los pagos se realizan por hora de conexión, el cual se basa en la jornada mínima pactada, en ese caso el salario mínimo se calcula teniendo en cuenta las 48 horas semanales y así obtener lo correspondería por las 36 horas, si el trabajador no se conecta dentro de los tiempos, eso afecta la hora de conexión, en cada jornada hay dos *breaks* de 15 minutos en la mañana y la tarde y/o, una hora de almuerzo; cuando terminan las campañas, inicialmente a los trabajadores se les da opciones para ser reubicados en otra, pero si estos no quieren, la última opción es que se les remite una carta asignándoles una campaña, conservándoles su salario básico, la campaña de Vodafone paga las 48 horas de trabajo y no por conexión; se pagaban horas extras si se pasaba de las 48 horas semanales. El pago de hora conexión es por la prestación efectiva del servicio conectado, eso se determina a través de un aplicativo, no sabe si en el área de operación se hacen pausas activas, desde el inicio se entregan los recursos a los trabajadores y, si requieren el cambio de una diadema o equipo, deben solicitarlo a través de un ticket que es un link donde se colocan las novedades, la empresa actualmente tiene un contrato con DIRECTV para los servicios de venta, retención y cobranzas. Las campañas de DIRECTV, la primera terminó en el año 2016 y la segunda empezó en el 2018.

³⁶ CD Folio 236 (1 y 2), Min. 02:46:10 Ingrid Yasmín Santamaría, Profesional de Seguridad y Salud en el Trabajo y Auxiliar de Enfermería. Informó que conoce a la demandante porque trabajan en la misma empresa, sabe que tiene un caso de salud que se reportó por medio de unos exámenes médicos periódicos que hace la compañía, resultando que es importante realizarse una audiometría, dándole recomendaciones de no conexión a equipos que generen ruido o que deba estar conectada a diadema, luego se le hace una reasignación de funciones, no sabe si eso generó un menor salario. No recibió queja de la demandante por el estado de los equipos brindados por la empresa para prestar el servicio, una vez reubicada no ha manifestado que se esté produciendo con ello una afectación a su salud; se encuentra ubicada en back office, donde se encarga de comunicación a través del computador, como digitalización de información, todos los colaboradores tienen un horario de alimentación y dos *breaks* de 15 minutos en las partes de la jornada, el pago de esos minutos de break depende de la operación. Los trabajadores cuentan con un aplicativo donde pueden reportar las condiciones de riesgo, como por ejemplo el daño de la diadema, la inspección de estas se hace con la ARL, quien además determina las recomendaciones ergonómicas del puesto de trabajo.

³⁷ CD Folio 236 (2), Min. 00:11:00. Diana Carolina Bastidas Caicedo, Asesora de Servicio al Cliente. Indicó que trabajó con la demandada aproximadamente 8 años, conoce a la demandante hace 4 años, trabajando en la campaña de DIRECTV, la actora estaba desde antes de su llegada a la empresa, devengaban "un promedio de valor por hora más la variable" que estaba en \$400.000.00, trabajaban mínimo 48 horas, el "valor por hora" era de \$3.500.00, pero si le descontaban los tiempos que tuviera de desconexión, la "variable" era con factores de cumplimiento en calidad de las llamadas y, las evaluaciones, en cada campaña se maneja una nota en calidad, que determina si está en objetivo, fuera del objetivo o sobresaliente, es decir que "sobre cumplió" y, le pagaban toda la variable completa; sabe que la actora demanda porque las cambiaron de la campaña de DIRECTV a la de ETB, en donde las condiciones salariales desmejoraron, la campaña de DIRECTV estaba antes de 2014 y terminó en marzo de 2017, porque la tomó el *call center* de Medellín, que también era de la misma empresa, como a los 15 días entraron la campaña de ETB, que había empezado en diciembre de 2016, el valor de la variable ahí era de \$80.000.00 en promedio mensual, pagadera quincenalmente, no sabe el valor de hora de Edna Constanza; cuando ingresaron a la campaña de ETB, la líder que les habían asignado tuvo varios inconvenientes con la demandante. La jornada de trabajo era de 06:00 a.m. a 02:00 p.m. o de 07:00 a.m. a 03:00 p.m., en la campaña de DIRECTV, en la de ETB era jornada con hora de almuerzo, incluso los sábados las programaban hasta las 09:00 p.m., los servicios se prestaban en sede de Multiface de la Esperanza con Cali, al pie del Farmatodo; la hora de conexión corresponde al tiempo que debe estar conectada en el turno, las funciones de la actora consistían en contestar las llamadas y, brindar servicios al cliente, la conexión se mantenía aunque no ingresaran llamadas, no conoce de llamadas de atención a Otálora Rozo; no podían abandonar el sitio de trabajo si se tenían fallas, como elementos de trabajo les daban un almohadilla para poner en la oreja y un "pitillo", pero en DIRECTV si le entregaron diadema. Las pausas programadas o break no se las descontaban, en esos momentos podían ir al baño, pero si lo hacía fuera del break, no se lo pagaban, la actora era una de las personas que ganaba la "variable" constantemente, estuvieron juntas en ETB desde marzo de 2017 hasta noviembre de 2018.

³⁸ CD Folio 236 (2), Min. 00:45:00. Ivonne Cajamarca. Expresó que es compañera de trabajo de la demandante en CONECTA hace 6 años, ingresó el 22 de septiembre de 2014, la actora ingresó antes, fueron asesoras para la campaña de DIRECTV, Edna Constanza tenía un contrato a término indefinido, todos los asesores tenían un contrato diferente, las quincenas eran alrededor de "600, 600 algo", el valor de la hora estaba alrededor de los \$3.000.00, la última variable estuvo sobre los \$400.000.00 y \$420.000.00 mensuales, hace como tres años cambiaron de campaña a la de ETB, ahí la variable era de \$80.000.00 y el valor hora de \$3.000.00, a la actora no le ofrecieron otra alternativa; la disminución salarial se dio en la parte de la variable, dado que empezaron a recibir quincenas entre \$380.000.00 a \$420.000.00, si se trabajaban más horas se ganaba más. Los horarios para la campaña de DIRECTV eran en la mañana o en la tarde, Edna trabajaba en la mañana de 07:00 a.m. a 02:00 p.m., en ETB los horarios eran rotativos, a veces de 06:00 a.m. a 02:00 p.m., 08:00 a.m. a 05:00 p.m. y, 02:00 p.m. a 10:00 p.m., el lugar de trabajo es en la Esperanza con avenida Cali; la hora de conexión corresponde a los turnos, pueden ser de 7, 8 o 10 horas laborales, hay conexión cuando se *loguea* en el aplicativo, si se *desloguea*, eso es una desconexión, si no se reciben llamadas la conexión de mantiene para que no le afecten las horas programadas; la actora no fue llamada a descargos, los elementos entregados para la campaña de DIRECTV fueron la diadema de uso personal y, su escritorio con computador, en cambio en ETB tocaba ver si había diadema en el puesto, en la empresa habían más campañas, en ese momento que las cambiaron estaban las de Linde, Bancolombia y, Fondo Nacional del Ahorro, en estas también se manejaba un salario fijo y variable, pero desconoce los valores, es permitido desconectarse para tomar el break o almuerzo, estaban programados. Sabe que la demandante dejó de trabajar en la campaña de DIRECTV porque ésta la migraron a Medellín, esto ocurrió con varios asesores, existió la campaña Vodafone, pero en otra sede, no sabe si el pago



Cumple precisar, 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.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que la demandante inicialmente acordó con la empleadora una remuneración de \$2.986.67 por hora de conexión efectiva *“teniendo como tal igualmente, los descansos cortos autorizados por la empresa”* y *“una variable de acuerdo a la línea en la que sea asignado y de acuerdo con el modelo de desempeño que ésta tenga”*, según los turnos que fueran programados, en la jornada flexible de 36 horas a la semana, convenio posteriormente modificado, pasando la hora de conexión efectiva a \$3.106.83 y, a la jornada de 42 horas semanales, como dan cuenta el contrato de trabajo³⁹ y sus *otrosíes*⁴⁰, circunstancias además narradas por la accionante en los hechos y omisiones de su *libelo incoatorio* y aceptadas por la convocada a juicio al contestarlo; ahora, aquella confesó que al momento de su reubicación en la línea ETB, recibía por hora de conexión \$3.530.00⁴¹, afirmación tenida como cierta por la enjuiciada.

era diferente, sabe que allí hacían atención al cliente, ventas y retención, las desconexiones programadas son pagadas por la empresa, en ese momento se permite al asesor ir al baño. El contrato de la actora era por menos de 42 horas.

³⁹ Folios 8 a 9 y 211 a 213.

⁴⁰ Folios 10 a 11 y 197 a 200.

⁴¹ Demanda, Hecho 20.



En este orden, la finalidad, tanto de los *otrosíes*, como de las reubicaciones laborales de la actora, inicialmente por la finalización de la campaña DIRECTV y, luego por las recomendaciones médicas dadas a Edna Constanza, procuraron garantizar sus derechos mínimos, pues, se otorgaron aumentos en su asignación salarial básica, que se mantuvieron con ocasión de sus reubicaciones, aun ante su negativa de vincularse como “Agente Vodafone SAC”, en que obtendría una compensación fija de \$800.000.00 y un tope por compensación variable de \$250.000.00⁴².

En este sentido, con arreglo a los artículos 43 y 132 del CST, surge válido lo convenido por las partes en el contrato de trabajo y sus *otrosíes*, en tanto, tenían libertad de pactar la modificación de la remuneración salarial, de otra parte, la denominada “*variable*”, siempre estuvo sujeta a condiciones de cumplimiento de las horas de conexión, evaluación de desempeño y, “*de acuerdo a la línea en la que sea asignado*”, teniéndose tal rubro como factor salarial, así lo confesó el representante legal de MULTIENLACE en su interrogatorio, entonces, aunque se modificó el límite máximo de la compensación variable, ello no obedeció a un actuar caprichoso de la demandada, sino a las condiciones especiales del cliente que lo reconocía, en este caso ETB, pues, la campaña con DIRECTV había finalizado.

Ahora, revisadas las “*colillas de pago*” correspondientes a la demandante, se advierte que (i) el pago de la “*variable*”, estando vinculada a la línea

⁴² Folio 196.



DIRECTV, discriminado como *“incentivo desempeño”*, no se recibió de manera constante, (ii) cuando lo causó su valor máximo fue \$208.106.00 – marzo de 2017 – y, el mínimo de \$53.425.00 – febrero de 2013 –, (iii) de forma similar ocurrió cuando fue reubicada en la línea ETB (que ocurrió según aseveró la demandante el 28 de marzo de 2017), causando un *“incentivo desempeño”*, entre \$112.219.00 – abril de 2017 – y \$16.691.00 – agosto de 2019 –, (iv) adicionalmente, aparecen pagos por horas extras diurnas, festivas diurnas y, recargo nocturno, conceptos que con el ingreso básico y la *“variable”*, conformaron la base salarial para liquidar el auxilio de cesantías con sus intereses, primas de servicios y, vacaciones.

Y, aunque Otálora Rozo adujo que las cláusulas del contrato de trabajo vulneraban su mínimo de derechos, no lo demostró, por el contrario, se acreditó que la sociedad enjuiciada ha cumplido sus obligaciones contractuales, garantizando a la trabajadora sus derechos laborales, tampoco existe prueba que la empleadora presionara a la demandante para aceptar los términos del vínculo contractual laboral o sus *otrosíes*, surgiendo pertinente señalar, que nadie se puede beneficiar de sus propias manifestaciones, en tanto, le corresponde la carga de demostrarlas.

De lo expuesto se sigue, que Edna Constanza Otálora Rozo no acreditó el alegado incumplimiento de obligaciones laborales por la empleadora, tampoco que las cláusulas del contrato de trabajo atentaran contra las garantías mínimas contenidas en el ordenamiento jurídico laboral, menos



que se le adeuden salarios o prestaciones sociales. En este sentido se confirmará la sentencia consultada. 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 consultada, 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


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 AGUSTÍN MEJÍA JARAMILLO CONTRA FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE HOY EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL — ENTERRITORIO.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 13 de julio de 2020, proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó se declare la existencia de dos contratos de trabajo vigentes (i) de 31 de mayo de 2012 a 30 de enero de 2015 y (ii) de 24 de noviembre de 2015 a 24 de enero de 2016, en consecuencia, se le reconozca auxilio de cesantías con intereses y sanción por no consignación, primas de servicio, vacaciones, indemnización por despido, moratoria, aportes a pensión y devolución de la cuota parte a cargo de la enjuiciada, indexación y, costas¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para el FONADE mediante contratos de prestación de servicios, así: (i) de 31 de mayo a 31 de agosto de 2012, (ii) de 14 de septiembre de 2012 a 14 de enero de 2013, (iii) de 15 de enero a 15 de julio de 2013, (iv) de 16 de julio de 2013 a 17 de enero de 2014, (v) de 17 de enero de 2014 a 30 de enero de 2015 y, (vi) de 24 de noviembre de 2015 de 24 de enero de 2016, recibiendo como honorarios mensuales del último contrato \$12'064.000.00; ejecutó los contratos de manera personal y directa, utilizando los equipos propiedad de la accionada ubicados dentro de la sede de trabajo, de manera ininterrumpida, cumpliendo horario diario, en labores de Coordinador de Gestión de Entidades Territoriales para el desarrollo de obras y proyectos, que corresponde a actividades misionales de la entidad; a la finalización de los contratos no le cancelaron prestaciones ni indemnización por despido injusto, tampoco fue afiliado a seguridad social, debiendo asumir el costo de los aportes para recibir el pago de su salario; el 31 de julio de 2017 reclamó vía administrativa lo adeudado, negado con respuesta de 23 de agosto

¹ Folios 66 a 68 y 85 a 87.



siguiente; reclamación adicionada el 25 de septiembre de esa anualidad, siendo nuevamente negada².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE hoy Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contratos de prestación de servicios y sus extremos, el impago de prestaciones e indemnización por despido, la actividad desarrollada, la reclamación administrativa, su adición y, las respuestas negativas. En su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, su buena fe y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Agustín Mejía Jaramillo y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO existieron dos contratos de trabajo, uno de duración indefinida de 31 de mayo de 2012 a 17 de enero de 2015 y, el otro a término fijo de 24 de noviembre de 2015 a 24 de enero de 2016, en consecuencia, condenó a ENTERRITORIO a pagar auxilio de cesantías con intereses, primas de servicios, vacaciones, indemnización por

² Folios 68 a 70 y 87 a 89.

³ Folios 151 a 171.



despido injusto y, devolución de aportes a seguridad social, debidamente indexados y, costas; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, no probadas las demás y; absolvió de las pretensiones restantes⁴.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

Agustín Mejía Jaramillo en resumen expuso, que se declaró la prescripción atendiendo la reclamación administrativa de 21 de septiembre de 2017, sin embargo, conforme al artículo 488 del CST y, la no solución de continuidad de los contratos N° 212595 a N° 2131049, se debió contabilizar la interrupción de la prescripción para todos los derechos que de ellos se derivan; la no devolución de aportes a seguridad social la reportó en la prueba 1.7 de la demanda; en cuanto a la indemnización moratoria, dijo que la buena fe de la enjuiciada no se acredita, porque, no tenga una planta de personal, pues, utilizó sucesivos contratos de prestación de servicios para ejercer labores permanentes, además no pagó salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral.

⁴ CD y acta de audiencia, folios 198 a 201.

⁵ CD Folio 198.



La Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial en suma arguyó, que conforme al artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, las empresas industriales del estado cuentan con trabajadores oficiales y empleados públicos, por ende, el contrato de prestación de servicios del demandante cumple los presupuestos del artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 (sic), que habilita a las entidades del Estado para acudir a este tipo de contratación; las tareas del actor fueron la Coordinación en el Grupo de Gestión, actividades especializadas que no eran permanentes sino transitorias, según el artículo 12 del Decreto 1260 de 1993, a su vez, la dirección de éstas venía de la Gerencia General, las funciones de la Subgerencia de Contratación están descritas en el artículo 2 del Decreto 2723 de 2008, por ello, las funciones de Agustín Mejía eran las de un empleado público, así, su denominación como trabajador oficial para obtener la declaratoria del contrato de trabajo, no corresponde a la realidad. En cuanto a las dos vinculaciones declaradas, de duración indefinida y fija, se debió aplicar el plazo presuntivo de seis (6) meses. Los intereses a las cesantías no aplican a los trabajadores oficiales; el juzgado carecería de competencia, la remuneración no se tendría válida en los valores y las sumas adeudadas, pues, no tiene fundamento la declaratoria; la indemnización por despido injusto tampoco es aplicable al actor, dado que el CST es solo para trabajadores particulares; además, la contratación tuvo un plazo fijo. No se probó que en la segunda vinculación el actor desarrollara personalmente la actividad, situación que no se puede tener por acreditada solamente con los testimonios; las herramientas entregadas a Mejía Jaramillo no lo obligaban a estar en la entidad, solo facilitaron el cumplimiento del contrato.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA



Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Agustín Mejía Jaramillo suscribió con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE hoy Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO, siete (07) contratos de prestación de servicios, así: (i) de 16 de octubre de 2008 a 23 de mayo de 2009, (ii) de 31 de mayo a 31 de agosto de 2012, (iii) de 14 de septiembre de 2012 a 14 de enero de 2013, (iv) de 15 de enero a 15 de julio de 2013, (v) de 16 de julio de 2013 a 16 de enero de 2014, (vi) 17 de enero de 2014 a 30 de enero de 2015 y, (vii) de 24 de noviembre de 2015 de 24 de enero de 2016, situaciones fácticas que se coligen de los contratos de prestación de servicios en cita⁶ y, de la certificación de 24 de noviembre de 2016, expedida por la entidad demandada⁷.

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.

CONTRATO DE TRABAJO

En los términos del artículo 2º del Decreto 2127 de 1945⁸, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución. A su vez el artículo 3º del ordenamiento en cita dispone que "...una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato

⁶ Folios 5 a 36 y 121 a 143.

⁷ Folios 37 a 38.

⁸ Por el cual se reglamenta la Ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general.



de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera...".

En el asunto, el actor fue vinculado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios conforme a la preceptiva de la Ley 80 de 1993, que si bien es válida, en su desarrollo pueden presentarse los elementos y características de un contrato de trabajo, situación que se extrae de la realidad de la relación y, que se debe preferir frente a los datos que ofrezcan los documentos o contratos, con apoyo en el principio constitucional de primacía de la realidad.

Así, es perfectamente posible que de un vínculo en el cual las partes contrayentes no tuvieron la intención que fuera laboral, resulte una relación de trabajo, en razón de la misma actividad y por las características que la prestación personal de servicios adquiera durante la ejecución del acuerdo inicial, transformándose de autónoma en subordinada. Sobre el particular, la Sala se remite a lo adocinado por la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁹.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C - 154 de 1997.



Al ajustarse al precedente señalado, corresponde al juzgador examinar en cada caso, si la subordinación aludida se da en el conflicto que desata, evento en el cual debe aplicar las normas que rigen el contrato de trabajo.

En el *examine*, Mejía Jaramillo fue contratado para actividades de (i) “brindar apoyo en la ejecución de los convenios que ejecuta – FONADE –, en los cuales existe el compromiso de prestar los servicios gerenciales, técnicos, jurídicos, administrativos, realizar las actividades necesarias para prestar las asesorías en la ejecución”,¹⁰, así como para desarrollar sus servicios profesionales (ii) “en la Gerencia de Unidad de la Subgerencia Técnica como coordinador de gestión del convenio 211041 suscrito con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social DPS y contratos designado(s) por el Gerente de convenio, en el(los) cual(es) existe el compromiso de prestar servicios gerenciales, técnicos, jurídicos, financieros, administrativos”¹¹, (iii) “como Coordinador de Gestión de Entidades Territoriales del Convenio 211041, suscrito con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social DPS y contratos designados, por el Gerente de la Unidad en el (los) cual (es) existe el compromiso de prestar servicios Gerenciales, Técnicos, Jurídicos, Administrativos y la realización de las actividades necesarias para realizar el acercamiento a los entes territoriales; apoyar a FONADE en la ejecución del convenio 211041”¹², (iv) “para desempeñar funciones como coordinador de Entes Territoriales del Convenio 211041, brindando soporte administrativo, técnico y operativo al área de ejecución y liquidación, realizando las actividades necesarias para proporcionar asistencia al convenio 211041 y sus convenios o contratos derivados”¹³, (v) “como Coordinador regional de fortalecimiento institucional en la ejecución del convenio No. 211041 suscrito con el Departamento para la Prosperidad Social y sus convenios y contratos derivados y los que le sean asignados por la Gerencia de Unidad de la Subgerencia Técnica, en los cuales exista el compromiso de prestar los servicios gerenciales, técnicos, jurídicos y administrativos”¹⁴, (vi) “como Coordinador del Equipo de Fortalecimiento Institucional en la ejecución de los convenios suscritos con

¹⁰ Folios 5 a 7, Objeto del contrato GO – 2008555 de 16 de octubre de 2008.

¹¹ Folios 8 a 10, Objeto del contrato N° 2012 – 595 de 30 de mayo de 2012.

¹² Folios 11 a 14, Objeto del contrato N° 20121114 de 14 de septiembre de 2012.

¹³ Folios 15 a 19, Objeto del contrato N° 2013006 de 11 de enero de 2013.

¹⁴ Folios 20 a 25, Objeto del contrato N° 20131079 de 15 de julio de 2013.



el Departamento para la Prosperidad Social – DPS; sus convenios y contratos derivados y los que le sean asignados por la gerencia de la unidad del Área de Desarrollo Territorial de la Subgerencia Técnica¹⁵ y, (vii) “como gerente del convenio suscrito entre el DNP y FONADE para la ejecución de proyecto “Fortalecimiento de las Entidades Territoriales”¹⁶.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado médico ocupacional del actor, con concepto “APTO CON RECOMENDACIONES QUE NO INTERFIEREN EN SU LABOR”¹⁷, (ii) registro de ingresos del demandante de 04 de febrero de 2013 a 04 de octubre de 2016¹⁸, (iii) certificación de afiliación a la AFP OLD MUTUAL S.A.¹⁹, (iv) planilla de pago de aportes al sistema integral de seguridad social²⁰, (v) reclamación presentada el 31 de julio de 2017 ante la enjuiciada, sobre declaratoria de existencia de dos contratos de trabajo con el pago de las consecuentes prestaciones sociales²¹ y, la respuesta negativa de la entidad²², (vi) petición radicada el 25 de septiembre de 2017 ante FONADE hoy ENTERRITORIO, requiriendo el pago de aportes a pensión durante la vigencia de la relación laboral²³ y, la respuesta negativa de la demandada²⁴, (vii) correos electrónicos cruzados entre el personal de FONADE y el demandante²⁵, (viii) certificado de existencia y representación legal de la convocada a juicio²⁶ y, (ix) Convenio N° 211041 de Gerencia de Proyectos, suscrito entre el Departamento para la Prosperidad Social – DPS – Fondo de Inversión para la Paz y, FONADE,

¹⁵ Folios 26 a 30, Objeto del contrato N° 2014227 de 14 de enero de 2014.

¹⁶ Folio 33, Objeto del contrato N° 20151636 de 24 de noviembre de 2015.

¹⁷ Folio 39.

¹⁸ CD Folio 40.

¹⁹ Folios 41 y 42.

²⁰ Folios 43 a 45.

²¹ Folios 46 a 49 y 108 a 111.

²² Folios 53 a 56 y 112 a 115.

²³ Folios 50 a 52 y 116 a 118.

²⁴ Folios 57 a 58 y 119 a 120.

²⁵ Folios 59 a 63.

²⁶ Folios 64 a 65 y 106.



cuyo objeto fue de adelantar la Gerencia Integral de los proyectos entregados por el DPS²⁷.

Se recibieron los testimonios de Alejandro Restrepo Gómez²⁸, Álvaro Oswaldo Parra Medina²⁹, David Mauricio González García³⁰ y Ángela María Rico Posada³¹.

²⁷ Folios 144 a 150.

²⁸ CD Folio 189, Min. 00:04:50. Alejandro Restrepo Gómez, Arquitecto. Dijo que trabaja con el Instituto de Desarrollo Urbano, conoce al demandante desde el año 2012 cuando entró como contratista a FONADE, estuvo en esa entidad de octubre de 2011 a septiembre de 2012, aproximadamente, como Coordinador del componente social de los convenios con el Departamento de la Prosperidad Social, allí el actor fue su compañero, luego fue Gerente de uno de esos convenios y, Mejía Jaramillo fue uno de los profesionales bajo su cargo, en el primer convenio las funciones eran las de apoyar la gestión social, es decir, otorgar servicios a personas en condiciones de emergencia o necesidad social y, en el segundo, coordinaba el grupo social que interactuaba con los entes territoriales, es decir sostenía comunicación con los alcaldes para dar inicio a las obras, los convenios los conoció como convenios DPS1, DPS2 y DPS3, no recuerda los números, la vinculación fue por medio de un contrato de prestación de servicios, tenía un puesto de trabajo en la sede principal de FONADE en la calle 26, el horario podía ser de 07:00 a.m. a 07:00 p.m., incluso jornadas extras los sábados, aunque no debían marcar tarjeta, no pedían permisos para ausentarse, pero si debían informar cuando iban a salir, para el caso de Mejía Jaramillo era muy importante eso, debido a la función que desarrollaba de comunicación con alcaldes y gestores, pues de no hacerlo podía generarse un caos, no había sanción disciplinaria; la selección de profesionales debía cumplir unos requisitos, pero para el caso del demandante no conoce si los cumplió, dado que venía directamente contratado por la gerencia, no sabe si en la planta de personal de FONADE había alguna persona que desarrollara las mismas funciones del actor, el pago de seguridad social estaba en cabeza de cada persona. Cuando conoció al actor, él era apoyo directamente de la gerencia en los convenios, después entró a ser líder de grupo de gestión, era interlocutor del convenio con las alcaldías y municipios; la labor realizada era la estructuración de proyectos, el actor se encargaba inicialmente de comunicar las falencias documentales de los proyectos, en ocasiones debía ir personalmente a buscarlos con otras 2 o 3 personas que lo apoyaban, los gastos eran cubiertos por FONADE, la documentación no podía salir de la entidad, cuando fue gerente, debía darle instrucciones al demandante, no como subordinado, sino como parte del equipo. Desarrollo actividades en el piso 31 y 9°, al actor no lo vio en el piso 31, pero sí en el 9° y, ahí lo vio siempre en el puesto de trabajo.

²⁹ CD Folio 189, Min. 00:35:10. Álvaro Oswaldo Parra Medina, Ingeniero Civil. Depuso que conoce al demandante desde mayo de 2012, trabajó en FONADE de octubre de 2011 a febrero 2016, la actividad que desarrollaba el actor, en virtud de los tres convenios que se tenían con el DPS, era la de Coordinador de entes territoriales, él prestaba apoyo a los coordinadores para hacer contacto con los alcaldes y directivos de los entes territoriales; las actividades eran en los pisos 20 y 19 del edificio de FONADE, se encontraban en el mismo piso, en diferentes costados, los documentos no se podían sacar ni se podía trabajar en otro lugar, debían llegar a las 08:00 a.m. y podía extenderse hasta las 05:00 p.m., 08:00 p.m. o, en temporadas altas de fin de año, hasta la media noche o la madrugada, no había sanción por llegar en otro horario; Agustín tenía gente a su cargo y, como superior al Gerente de Unidad, la Gerencia General, en cabeza de Natalia Arias y, al Director de Unidad, Lidia Esquivel, Andrés Torres, Álvaro Narváez y Claudia Jaramillo; si requerían ausentarse debían avisar al Gerente de Convenio porque les podían llamar la atención, el demandante lo hacía a la Gerencia de Unidad, por lo general se concedía el permiso, a no ser que hubiera una cita muy importante; no habían funcionarios de planta que desarrollaran la misma actividad del demandante. El grupo de Agustín tenía una línea exclusiva para llamadas de larga distancia; para el pago mensual debían presentar un informe con todo lo que se había hecho y las certificaciones de haber pagado la seguridad social, la entidad cubría los gastos de viaje, así como viáticos. Algunos meses estuvieron desarrollando el convenio en el piso 37 y en un edificio que alquiló FONADE, la gerencia general estaba en el piso 30; ingresaban a las 08:00 a.m. porque siempre había cosas que hacer o debían estar disponibles, el acceso y salida se marcaba con huella. Alejandro Restrepo fue Gerente del convenio DPS1 y, Ángela María Rico era Directiva de FONADE.

³⁰ CD Folio 189, Min. 01:02:00. David Mauricio González García, Administrador Público – Tachado por sospecha –. Manifestó que coordina el grupo de talento humano de ENTERRITORIO antes FONADE, desde 16 de agosto de 2018, su cargo es el de Gerente de Unidad del Grupo de Gestión de Talento Humano de ENTERRITORIO; no conoce al demandante, sabe que fue contratista de la entidad, pero desconoce sus obligaciones contractuales, ni las actividades específicas, los contratos por medio de los que prestó servicios fueron los N° 2012595, de 31 de mayo a 31 de agosto de 2012, N° 20121114, de 14 de septiembre de 2012 a 14 de enero de 2013, N° 2013006 de 15 de enero a 15 de julio de 2013, N° 20131079 de 16 de julio de 2013 a 16 de enero de 2014, N° 2014227, de 17 de enero de 2014 a 30 de enero de 2015 y, N° 20151636, de 24 de noviembre de 2015 a 24 de enero de 2016, asociados al convenio N° 211041, no conoce su objeto; dentro de la actividad económica de ENTERRITORIO, esta suscribe contratos interadministrativos con muchas entidades, en virtud de los que se ve obligado a contratar personas para su ejecución, debido a la insuficiencia dentro de su planta de personal, no existe correlación entre las personas de planta y los contratistas, porque estos son temporales mientras dura el convenio y, aquellas tienen funciones asociadas al objetivo administrativo y misional de la entidad, cada convenio tiene un objetivo diferente, la planta de personal está compuesta por subgerentes, que hacen parte del nivel directivo de la entidad y, 62 trabajadores oficiales, divididos en Gerente de Unidad, Gerente Master o Senior, personal Profesional, Administrativo y, ayudantes de oficina. No tiene injerencia o control sobre los contratistas; la contratación de personal debe cumplir unos requisitos, se aplica a todos el manual de supervisión y, a los contratos de obra además interventoría, dicho manual define las actividades que el supervisor debe adelantar, cada contratista tiene un supervisor, lo que no implica subordinación. Fue contratista de FONADE desde octubre de 2015 a enero de 2017, luego de febrero de 2017 hasta la fecha en que tomó el cargo actual.

³¹ CD Folio 189, Min. 01:19:40. Ángela María Rico Posada, Economista. Señaló que conoce al demandante desde que trabajó en FONADE hace más de 10 años, desempeñó los cargos de Contratista, Gerente de Convenio y Gerente Máster, sabe que el actor tenía contrato de prestación de servicios, trabajaba en un proyecto en contacto con los municipios, habían cargos de planta que cumplían las mismas



Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que el accionante suscribió siete (7) contratos de prestación de servicios con el FONADE, para apoyar la ejecución de los convenios firmados por la entidad y, en especial la Coordinación de Gestión del Convenio N° 211041³². Cumple precisar, que como no existió pedimentos frente al primer contrato de prestación de servicios vigente de 16 de octubre de 2008 a 23 de mayo de 2009, la Sala se remite a los seis (6) restantes, firmados entre 31 de mayo de 2012 y 24 de enero de 2016, que demuestran la prestación personal de servicios, en tanto, dan cuenta del desarrollo de actividades profesionales de Gerencia y Coordinación, para el Convenio N° 211041 “y sus convenios y contratos derivados”. En este sentido, obra a favor del accionante la presunción que dicha labor se encontraba regida por un contrato de trabajo, en los términos del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945³³.

En este orden, acreditada la prestación de servicios, se presume que el actor cumplía sus funciones de manera subordinada, en las condiciones que imponía la entidad, sin posibilidad de ejercer su actividad con autonomía e independencia, correspondiéndole a la enjuiciada desvirtuarla, empero, no existe medio de persuasión que demuestre autonomía e independencia de Mejía Jaramillo, por el contrario, en los mencionados acuerdos se precisa que las actividades enunciadas, las debía cumplir también en los contratos que le fueran designados por las

funciones del demandante, eran los cargos de Gerentes Máster y Senior, que se dedicaban a la gerencia de proyectos; trabaja en un piso diferente al del demandante, no sabe si tenía horario. El Coordinador de Servicios Administrativos era responsable de toda la infraestructura física, archivo, mantenimiento de infraestructura y, amoblamiento de la entidad, debía asignar puestos de trabajo, le asignó uno al demandante, estaba compuesto de elementos de escritorio, silla, teléfono y papelería, tenía una línea telefónica de larga distancia, asignaba parqueaderos a los contratistas por sorteo. La entrega de elementos se efectuaba a través de un registro en el aplicativo “sistema de interacción con el usuario”, donde se indicaba qué elementos o puestos de trabajo se requerían, solo se entregaban a personas que prestaban servicios en la entidad, funcionarios y contratistas.

³² Folios 37 a 38.

³³ Artículo 20. El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; correspondiéndole a este último destruir la presunción.



Gerencias de Convenio o, de Unidad del Convenio, la Subgerencia Técnica o, el Área de Desarrollo Territorial de la Subgerencia Técnica, así como en los convenios o contratos derivados del inicial – Convenio N° 211041 – y, a su vez, dichas Gerencias ejercerían supervisión de la ejecución de tales vínculos contractuales.

Ahora, los testigos Alejandro Restrepo Gómez y Álvaro Oswaldo Parra Medina, fueron coincidentes en señalar que no se exigía el cumplimiento de un horario determinado, que tampoco debían solicitar permiso para ausentarse, Restrepo Gómez narró que la jornada podía ser de 07:00 a.m. a 07:00 p.m., incluso con jornadas extras los sábados, sin embargo, el demandante sí debía informar sus ausencias debido a la función desarrollada de comunicación con alcaldes y gestores, pues no hacerlo podía generar un caos; por su parte, Parra Medina informó que las labores iniciaban a las 08:00 a.m. y podían extenderse hasta las 05:00 p.m., 08:00 p.m. o, hasta la media noche o la madrugada en temporadas altas de fin de año y, si requerían ausentarse debían avisar al Gerente de Convenio, porque, les podían llamar la atención. De lo expuesto se sigue, el cumplimiento de funciones por el actor, así como el acatamiento de las directrices impartidas por la entidad, mutando la relación inicial debido a la existencia de subordinación y, de los demás elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Cabe precisar, que las labores desarrolladas por el actor fueron propias de la naturaleza de la entidad, relacionadas con las funciones de la Gerencia General y sus Subgerencias Administrativa, de Contratación, Financiera y Técnica, además, Ángela María Rico Posada, depuso que desempeñó los cargos de Gerente de Convenio y Gerente Máster,



narrando que había cargos de planta que cumplían las mismas funciones del demandante. En este orden, quedó acreditada la existencia entre las partes de dos contratos de trabajo vigentes (i) de 31 de mayo de 2012 a 30 de enero de 2015 y, (ii) de 24 de noviembre de 2015 a 24 de enero de 2016, sin embargo, no se modificará el extremo temporal final del primer contrato por cuanto no fue objeto de reproche por el demandante.

INTERESES A LAS CESANTÍAS

No existe normatividad que prevea el pago de intereses sobre las cesantías para trabajadores oficiales, surgiendo improcedente la condena pretendida, en consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en este tema.

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 la exigibilidad de las obligaciones laborales no necesariamente se presenta a la terminación del contrato de trabajo, por ende, no siempre se puede tomar la fecha de desvinculación para contabilizar el término extintivo, en tanto, existen créditos que se van haciendo exigibles durante la ejecución del vínculo mientras que otros surgen a su terminación³⁴.

³⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 15350 del 23 de mayo de 2001.



En el *sub lite*, se declaró la existencia de dos contratos de trabajo vigentes (i) de 31 de mayo de 2012 a 17 de enero de 2015 y, (ii) de 24 de noviembre de 2015 a 24 de enero de 2016 y, se condenó al pago de cesantías, primas de servicios y vacaciones, causadas a partir de 31 de julio de 2014, atendiendo que la reclamación administrativa se presentó el 31 de julio de 2017³⁵ y, el *libelo incoatorio* el 25 de octubre siguiente, como da cuenta el acta de reparto³⁶, que implica que las acreencias causadas antes de 31 julio de 2014, correspondientes a parte del primer contrato, se extinguieron, situación que impone confirmar en este aspecto la decisión de primer grado.

DEVOLUCIÓN DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL

Mejía Jaramillo solicitó los aportes a pensión que correspondían a FONADE hoy ENTERRITORIO, entonces, atendiendo la prescripción declarada y la suma cancelada, conforme a la planilla de diciembre de 2015 de autoliquidación allegada³⁷, procede la condena a la enjuiciada como verdadera empleadora, en los términos especificados por el *a quo*. Cabe precisar, que el demandante no aportó comprobantes de pagos diferentes que impide ordenar el reembolso adicional pretendido, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en este tema.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

³⁵ Folios 46 a 49.

³⁶ Folio 80.

³⁷ Folio 43.



De tiempo atrás la jurisprudencia ha advertido que, para el evento del despido, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron³⁸.

Pues bien, en el asunto se establecieron los extremos de las dos vinculaciones contractuales laborales declaradas, teniendo en cuenta los medios de persuasión reseñados, cumpliendo precisar, que para el caso del primer contrato, con arreglo al artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, este debió prorrogarse hasta el 30 de mayo de 2015, sin que se evidencie las razones de su terminación el 30 de enero de esa anualidad, surgiendo procedente la indemnización por despido petitionada.

En este sentido, atendiendo que el primer contrato de trabajo entre el demandante y FONADE hoy ENTERRITORIO estuvo vigente de 31 de mayo de 2012 a 30 de enero de 2015 y, que la remuneración final del trabajador fue de \$9´845.152.00³⁹, se obtuvo **\$39´380.608.00**, con arreglo al citado artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, suma inferior a la calculada en primera instancia, por ello, se modificará en este aspecto la sentencia.

Ahora, en lo atinente al segundo vínculo, el mismo terminó conforme al plazo pactado – 2 meses –, por lo que no hay lugar a la indemnización por despido reclamada, debiéndose confirmar en este punto la decisión de primer grado.

³⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia 73969 de 20 de febrero de 2019.

³⁹ Folio 38.



INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto Ley 797 de 1949, 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 absolver⁴⁰.

En este sentido, los medios de persuasión reseñados en precedencia acreditan buena fe de la enjuiciada, pues, actuó bajo el convencimiento que las relaciones existentes con el demandante no tenían naturaleza laboral, declarada en juicio, en consecuencia, se confirmará su absolución de este pedimento. 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

⁴⁰ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia 32529 de 05 de marzo de 2009.



PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la decisión apelada, para absolver a la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial – ENTERRITORIO de la condena por intereses a las cesantías y, **MODIFICARLO** para **CONDENAR** a la enjuiciada a pagar a favor de Agustín Mejía Jaramillo las siguientes sumas de dinero por conceptos que se relacionan:

- a) Por auxilio de cesantías: \$29'817.721.93,
- b) Por prima de servicios: \$7'798.368.84,
- c) Por vacaciones: \$11'569.341.00,
- d) Como indemnización por despido sin justa causa: **\$39'380.608.00.**

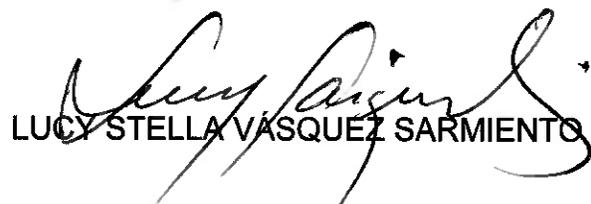
Sumas que se deben indexar al momento de pago, teniendo como índice inicial el IPC de abril de 2016 y, como índice final el vigente en el mes del pago.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás. 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 LUDER QUIROGA AGUILAR CONTRA TRANSANDINA INGENIERÍA S.A.S. Y META PETROLEUM CORP HOY FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA. LLAMADAS EN GARANTÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A. Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 23 de noviembre de 2020, proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida con Transandina Ingeniería S.A.S., que terminó por despido indirecto, su estabilidad laboral reforzada y, la ineficacia de la ruptura del vínculo laboral, en consecuencia, se ordene su reintegro a un cargo igual o superior, pago de la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para Integrasun Latinoamérica S.A.S. hoy Transandina Ingeniería S.A.S. de 27 de agosto de 2012 a 25 de julio de 2016, como Ayudante de Obra en el proyecto de construcción suscrito entre su empleadora, Pacific Rubiales Energy y Meta Petroleum Corp; el 27 de noviembre de 2012 sufrió accidente laboral, el 28 de diciembre siguiente, acudió a la IPS Saludcoop por dolor en el glúteo izquierdo, diagnosticado con contractura muscular, manejado con relajantes musculares tópicos y orales; el 07 de enero de 2013, fue valorado por el Jefe de Enfermería y remitido a la EPS, el siguiente día 10, acudió por urgencias y le ordenan radiografía lumbosacra; el día 14 de los referidos mes y año, recibió recomendaciones médicas; el 11 de febrero de esa anualidad, la EPS Saludcoop notificó al empleador el resultado de la valoración médica como de origen ocupacional secundario "A AT", por lo que, el siguiente día 13, fue reubicado en el cargo de Almacenista en la sede Chía. Le practicaron resonancia magnética lumbosacra con resultado "*Protrusión subarticular izquierda en L5 – S1 que contacta la raíz S1 izquierda.*"

¹ Folios 2 y 54.



Incipiente deshidratación discal en L1 – L2 y en L5 – S1. Rectificación de lordosis fisiológica”, la EPS lo diagnosticó con lumbalgia mecánica, hernia discal L5 – S1 y solicitó *furat* extemporáneo y estudio por medicina laboral; el 08 de octubre de 2013, la EPS calificó el origen del accidente como laboral, determinación apelada por la ARL, valorado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que confirmó la decisión de la EPS; radicó queja ante el Ministerio del Trabajo contra su empleador por incumplimiento en el pago de salarios y, por ese mismo motivo, el 25 de julio de 2016, presentó renuncia ante Integrasun Latinoamérica S.A.S., sin embargo, no fue tenido en cuenta su estado de discapacidad laboral; desde diciembre de 2015 no le han sido pagados salarios ni prestaciones sociales².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia hoy Frontera Energy Colombia Corp Sucursal Colombia, se opuso a las pretensiones y, no admitió los hechos. En su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa, su buena fe, prescripción, compensación, enriquecimiento sin causa del demandante e, inexistencia de la obligación³. Llamó en garantía a Seguros Generales Suramericana S.A. y a Seguros del Estado S.A.⁴.

² Folios 3 a 4 y 55 a 56.

³ Folios 222 a 239.

⁴ Folios 100 a 103.



Seguros Generales Suramericana S.A., rechazó las pretensiones de la demanda, no las del llamamiento en garantía, respecto de las situaciones fácticas aceptó la existencia del Contrato N° 5500002219 entre Meta Petroleum Corp hoy Frontera Energy Colombia Corp Sucursal Colombia e Integrasun Latinoamérica S.A.S., así como la firma de sus pólizas⁵. Como excepciones propuso las de prescripción, ausencia de responsabilidad de la entidad asegurada por no concurrir los presupuestos de la solidaridad, improcedencia del reintegro, buena fe de Frontera Energy Colombia Corp Sucursal Colombia, ausencia de configuración del riesgo asegurado, reducción de la indemnización y, exclusiones pactadas en la póliza⁶.

Integrasun Latinoamérica S.A.S. hoy Transandina Ingeniería S.A.S., presentó oposición a los pedimentos de la demanda y, negó los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, genérica y, su buena fe⁷.

Seguros del Estado S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y a las del llamamiento en garantía, en cuanto a las situaciones fácticas admitió que Integrasun Latinoamérica S.A.S. fungió como tomador de las pólizas relacionadas en el hecho séptimo del llamamiento⁸. En su defensa propuso las excepciones de imposibilidad de extender el

⁵ Hechos del llamamiento en garantía.

⁶ Folios 498 a 516.

⁷ Folios 532 a 562.

⁸ Folio 101.



carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza, prescripción, ausencia de responsabilidad de Meta Petroleum Corp, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, falta de legitimación en la causa por activa, compensación, límite de la responsabilidad y, genérica⁹.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Luder Quiroga Aguilar y Transandina Ingeniería S.A.S., existió un contrato de trabajo de obra o labor determinada de 27 de agosto de 2012 a 25 de julio de 2016; absolvió a las enjuiciadas e, impuso costas al actor¹⁰.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que en lo referente al despido indirecto el juzgador se apartó de la normatividad laboral y, aunque existieron llamados de atención, no podía desconocer que de diciembre de 2015 a 25 de julio de 2016, TRANSANDINA incumplió el pago oportuno de salarios y prestaciones sociales en forma sistemática,

⁹ Folios 719 a 739.

¹⁰ CD y Acta de Audiencia, Folios 793 a 794.



lo que expuso de manera sucinta en la carta de renuncia, situación no desvirtuada por el representante legal de la empresa en el interrogatorio de parte, aunado a ello, los comprobantes aportados corresponden a pagos entre junio de 2014 y junio de 2015. Hubo solidaridad, pues, el objeto social de Frontera Energy se encuentra íntimamente relacionado con el de las demás enjuiciadas, como dan cuenta los certificados de existencia y representación legal. El testigo Diomar Serrano, tachado, también tiene un proceso por los mismos periodos en que fueron dejados de pagar sus salarios de 2015 a 2016, que cursa ante el Juzgado Veinte Laboral del Circuito, por ello, *“estaba llamado a prosperar su testimonio”*, pese a que el sentenciador se apoyó en unas supuestas anotaciones que había en el tablero de la oficina, aun cuando inicialmente autorizó se le brindaran los medios para recibir su dicho, dado que, el deponente vive en un resguardo indígena que carece de *internet*. No se tuvo en cuenta el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, *“donde se encuentran las patologías, se da efectivamente una limitación, pero no se encuentra calificada esa pérdida”*, lo que pudo haber sido solicitado por el fallador, mediante una nueva valoración¹¹.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso que Luder Quiroga Aguilar laboró para la empresa Transandina Ingeniería S.A.S., como Ayudante, de 27 de agosto de 2012 a 25 de julio de 2016, mediante contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada, vínculo que terminó por

¹¹ CD Folio 794.



renuncia del trabajador, alegando justa causa imputable al empleador; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo suscrito¹² y, sus *otrosíes*¹³, la certificación laboral de 29 de octubre de 2013¹⁴, la renuncia del trabajador¹⁵ y, la respuesta al *libelo incoatorio* presentada por Transandina Ingeniería S.A.S.¹⁶; circunstancias de hecho determinados por el *a quo*, que no fueron objeto de reproche en la alzada.

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 trabajo por una justa causa imputable al empleador. Así, el empleado da por finalizado el nexo laboral, para lo cual **debe informar en la comunicación respectiva, los hechos o causales en que incurrió el patrono y que se configuran como justas causas** previstas en la ley para el rompimiento del vínculo¹⁷.

¹² Folios 578 a 583.

¹³ Folios 584 a 591.

¹⁴ Folios 595 a 596.

¹⁵ Folios 14 a 15 y 617 a 618.

¹⁶ Folios 532 a 562; contestación a los hechos 1° a 18.

¹⁷ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL1352 de 20 de abril de 2020.



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 desvinculación¹⁸.

En ese sentido, la Sala se remite a lo expuesto el 25 de julio de 2016 por Luder Quiroga Aguilar, en su carta de renuncia¹⁹.

¹⁸ 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.

¹⁹ Folios 14 a 15 y 617 a 618; "...he decidido a partir de la fecha 25 de julio de 2016 dar por terminado mi contrato laboral suscrito con la empresa INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S. para adelantar actividades ejecutando labores para el contrato en el proyecto "Construcción de los edificios de alojamiento, facilidades operativas, administrativas y de bienestar en el bloque Rubiales celebrado entre META PETROLEUM CORP E INTEGRASUN LATINOAMÉRICA S.A.S.

La anterior tiene como fundamento según lo preceptuado por las causales 6 y 8 del literal b) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con lo establecido en el numeral 4 y 9 del artículo 57 del Código sustantivo del trabajo, así mismo con el incumplimiento en las cláusulas Segunda, Cuarta y Quinta del contrato de trabajo y las demás normas concordantes y aplicables al presente asunto.

A continuación me permito relacionar los hechos que originaron la presente renuncia motivada así:

- 1) Desde el mes de diciembre de 2015 el empleador INTERASUN (sic) ha venido incumpliendo reiterativamente de manera injustificada con el pago de salarios, seguridad social, primas legales y extralegales, bonos por acuerdos de convenios sindicales, todos estos pagos con retardo y no con lo convenido en el contrato de trabajo como se señala en las siguientes cláusulas:

SEGUNDA-OBIGACIONES ESPECIALES DE EL EMPLEADOR- Además de las obligaciones legales y reglamentarias, EL EMPLEADOR se obliga a:

- 1) Cubrir oportunamente el monto de los salarios en la forma estipulada;
- 2) Suministrar a EL TRABAJADOR todos los implementos necesarios para la implementación de sus servicios en forma eficaz,
- 3) Prestar toda la colaboración pertinente, tendiente a optimizar las labores encomendadas a EL TRABAJADOR;
- 4) Guardar absoluto respeto a la dignidad personal de EL TRABAJADOR.

CUARTA: TERMINACIÓN: La regla general es que el presente contrato termine con el desarrollo el objeto del contrato y al finalizar la obra o labor contratada, o por mutuo acuerdo de las partes haciéndolo constar por escrito y manifestando estar a paz y salvo de manera mutua.

PARÁGRAFO PRIMERO: TERMINACIÓN UNILATERAL. El presente contrato se termina por las causas establecidas en la legislación laboral vigente, por vencimiento del plazo, por la imposibilidad jurídica, material o económica de ejecutar total o parcialmente, la labor pactada en el presente contrato, por la violación de una de las obligaciones contempladas en este contrato o en el Reglamento Interno de Trabajo.

- 2) El incumplimiento en el pago de la prima de servicios de conformidad a lo normado en capítulo VI Art- 306 del código sustantivo del trabajo.
- 3) El incumplimiento en el pago del auxilio de cesantías y vacaciones de conformidad a lo normado en el capítulo VII Art- 309 y subsiguientes del código sustantivo del trabajo, trabajadores de la construcción.
- 4) El incumplimiento a contrato de trabajo para los pagos según lo pactado en la cláusula QUINTA: REMUNERACIÓN: EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios el salario indicado, pagadero en las oportunidades también señaladas arriba. Dentro de este pago se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 031 2019 00008 01
Ord. Luder Quiroga Vs Transandina Ingeniería S.A.S. y Otros

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) cédula de ciudadanía del actor²⁰, (ii) escritos de 30 de octubre²¹ y 21 de noviembre de 2013²², dirigidos por la ARL SURA a Saludcoop EPS, apelando la calificación de origen de accidente de trabajo y, solicitando la remisión del caso a la Junta Regional, respectivamente, (iii) dictamen N° 79803532 de 09 de julio de 2014²³, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, confirmando el proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca²⁴, concluyendo “Origen: No Accidente de trabajo”, (iv) comunicación de 13 de febrero de 2013, informando al demandante su reubicación laboral a partir de 13 de febrero de 2013, en el cargo de Almacenista, en la Sede Chía²⁵, (v) resumen de historia clínica elaborado por Integrasun Latinoamérica S.A.S.²⁶, (vi) certificados de existencia y representación legal de las convocadas a juicio²⁷, (vii) pólizas de seguro N° 21 – 40 – 101076301, N° 21 – 45 – 101163205, N° 0227326 – 1, N° 0807322 – 1, N° 012000807322, N° 0227319 – 1 y, N° 0807289 – 6 y, sus anexos²⁸, (viii) contratos N° 5500002019 para la construcción de las facilidades de bienestar en campamentos de campo “QUIFA”²⁹, N° 5500002018 para la construcción de las facilidades de bienestar en

de que tratan los capítulos I y II del título VII del Código Sustantivo del Trabajo. Se aclara y se conviene que en los casos en los que EL TRABAJADOR comisiones o cualquier otra modalidad de salario variable, el 82.5% de dichos ingresos, constituyen remuneración ordinaria, y el 17.5% restante está destinado a remunerar el descanso en los días dominicales y festivos de que tratan los capítulos I y II del Código Sustantivo del Trabajo.

- 5) El abandono total por parte del empleador INTEGRASUN LATINOAMERICA SAS al no tener en cuenta el estado de salud el cual vengo padeciendo con pérdida de capacidad laboral, poniendo en riesgo mi integridad física, mi dignidad, y mi familia al no pagar a tiempo mis salarios y la seguridad social.

De conformidad con los hechos anteriormente señalados, queda debidamente motivada y justificada mi decisión de dar por terminado el contrato de trabajo por los hechos que son directamente imputables al empleador INTEGRASUN LATINOAMERICA SAS configurándose el despido indirecto a causa de este...”

²⁰ Folio 12.

²¹ Folios 25 a 26.

²² Folios 23 a 24.

²³ Folios 16 a 19 y 613 a 616.

²⁴ Folios 604 a 612.

²⁵ Folio 29.

²⁶ Folios 31 a 33 y 593 a 594.

²⁷ Folios 34 a 47, 82 a 90, 155 a 221, 484 a 486, 491 a 496, 701 a 715 y 764 a 787.

²⁸ Folios 114 a 154 y 438 a 478, 517 a 531 y 740 a 758.

²⁹ Folios 240 a 284.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 031 2019 00008 01
Ord. Luder Quiroga Vs Transandina Ingeniería S.A.S. y Otros

campamentos de campo "RUBIALES"³⁰, N° 5500002219 para la construcción de las facilidades de bienestar en campamentos de campo "QUIFA"³¹, N° 5500004630 para la construcción de los edificios de alojamiento, facilidades operativas, administrativas y de bienestar del campamento "ALCARAVÁN" en el bloque rubiales³², suscritos entre Meta Petroleum Corp e Integrasun Latinoamérica S.A.S., sus *otrosíes*, actas de inicio y liquidación, (ix) hoja de vida detallada de Luder Quiroga Aguilar³³, (x) llamados de atención a Quiroga Aguilar, los días 24 de mayo de 2013 y 24 de abril de 2015³⁴, (xi) actas de audiencias de descargos N° 001 de 27 de enero de 2014 y, N° 002 de 07 de septiembre de 2015³⁵, (xii) certificado de aportes a seguridad social³⁶, (xiii) recibos individuales de pagos al actor en Bancolombia entre octubre de 2014 y mayo de 2015³⁷, (xiv) desprendibles de liquidación de salarios y prestaciones entre agosto de 2012 y julio de 2015³⁸.

³⁰ Folios 285 a 328.

³¹ Folios 329 a 382.

³² Folios 383 a 434.

³³ Folios 563 a 592 y 662 a 673.

³⁴ Folios 619 y 629 a 630.

³⁵ Folios 621 a 625 y 632 a 636.

³⁶ Folios 639 a 649.

³⁷ Folios 650 a 652.

³⁸ Folios 653 a 661.



Se recibieron los interrogatorios de parte del demandante³⁹ y del representante legal de Transandina Ingeniería S.A.S.⁴⁰, así como el testimonio de Diomar Serrano Pedrozo⁴¹.

Cabe precisar, que el testimonio de Diomar Serrano Pedrozo no fue espontáneo, por ende, no ofrece credibilidad a la Sala, pues, se encontraba en el mismo lugar que el apoderado del demandante y, escuchó sus intervenciones, además, su parcialidad la afecta el proceso que inició contra las enjuiciadas por similares situaciones a las del demandante de este proceso, en que su testigo es el actor, además al ser cuestionado sobre la similitud entre las cartas de renuncia presentadas por él y Quiroga Aguilar, negó conocer quién las redactó.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir el incumplimiento de Transandina Ingeniería S.A.S. respecto al pago de salarios y

³⁹ CD Folio 795, Audio 02, min. 00:09:00. Luder Quiroga Aguilar. Dijo que trabaja en seguridad con Oriental S.A.S., fue contratado por la empresa INTEGRASUN como ayudante de construcción, inició en campo rubiales a finales de agosto de 2012 a diciembre, cuando tuvo un accidente laboral, firmó otro sí en febrero de 2013, en el que se dispuso su reubicación en Chía, como Almacenista, por las restricciones médicas, estuvo allí hasta finales de julio de 2016; no ejecutó actividades de explotación en campo rubiales, sus funciones fueron las de excavación y fundición de placa; al momento de presentar la renuncia tenía calificación de origen común, sin porcentaje, no presentó reclamación ante FRONTERA ENERGY. Prestó servicios a INTEGRASUN para la realización de la obra en QUIFA, construyendo unas placas de concreto para vivienda, mientras fue Almacenista su función era recepcionar materiales y, dotación, relacionarlos y enviarlos a campo, para todas las obras que tenía la empresa; cuando presentó la renuncia, tenía impedimento para desarrollar labores de Almacenista, dado que no podía caminar bien, ni levantar peso normal, cumplía sus funciones, pero con restricciones.

⁴⁰ CD Folio 795, Audio 02, min. 00:19:45. Iván Alonso Álvarez Castrillón. Manifestó que es Representante Legal Transandina S.A.S. desde enero de 2019, no sabe cuándo terminó el contrato N° 5500002018, FRONTERA ENERGY tiene un pago pendiente por retenciones de garantía, derivado de los contratos suscritos con TRANSANDINA antes del 25 de julio de 2016; después de la renuncia del trabajador, le fue pagado todo lo relacionado con su liquidación, desconoce los valores y fechas de tal pago; no recibió requerimientos de Luder Quiroga, sino hasta la notificación de la demanda; los extremos del contrato con el actor fueron de 27 de agosto de 2012 a 25 de julio de 2016; desde que es representante legal no ha encontrado deudas que tenga la empresa frente a sus empleados.

⁴¹ CD Folio 795, Audio 03, min. 00:05:00. Diomar Serrano Pedrozo, Albañil – Tachado por sospecha –. Depuso que tiene una demanda por el no pago de sus prestaciones, allí es testigo Luder Quiroga, a quien conoce desde octubre de 2012, en campo rubiales, Meta, el actor desarrollaba el cargo de Ayudante de Construcción, fue contratado por Integrasun Latinoamérica S.A.S. y, esta le pagaba los salarios, que estaba en esa época en \$1'386.000.00, el horario era de 8 horas, era asignado en campo por el Jefe de Personal, el salario era pagado mediante una cuenta en Bancolombia, trabajaban en campo QUIFA y Arrayanes, haciendo fundición de placas para realizar alojamientos para los ingenieros y, casino; los jefes inmediatos del demandante eran Jorge Acuña y Luis Escudero, les daban órdenes de cumplir horarios, ellos trabajaban para INTEGRASUN; en su debido momento les cancelaron horas extras, dominicales y festivos, el actor laboró hasta el 25 de julio de 2016, sabe que no le consignaron auxilio de cesantías, prima de servicios; Quiroga Aguilar dejó de prestar servicios a la empresa por el no pago de salarios de diciembre de 2015 a julio de 2016, presentó renuncia motivada. La empresa beneficiaria de la labor del demandante era INTEGRASUN, la obra era para Pacific Rubiales. No sabe las fechas en que el actor estuvo en Rubiales y en Chía, le parece que entre 2015 y 2016, no sabe quién redactó la carta de renuncia del actor aunque es idéntica a la suya.



prestaciones a Luder Quiroga Aguilar, por el contrario, se evidencia que la empleadora oportunamente sufragó aportes a seguridad social de junio de 2014 a febrero de 2015, consignó entre octubre de 2014 y mayo de 2015, en la cuenta de ahorros N° 337 – 875028 – 79 perteneciente al actor, liquidó el auxilio de cesantías con sus intereses de 2014 y, pagó sueldo, “E.G. S422”, “E.G. M751”, prima legal, “E.G. S509” y, bonos entre agosto de 2012 y julio de 2015, sin que se advierta mora, según se infiere del certificado de aportes a seguridad social⁴², los recibos individuales de pago de Bancolombia⁴³ y, los desprendibles de liquidación de salarios y prestaciones⁴⁴.

Cabe anotar, que en su impugnación el demandante no adujo falta de pago sino cancelación tardía de acreencias de diciembre de 2015 a julio de 2016, sin embargo, no demostró la alegada tardanza en el pago de salarios y prestaciones para el interregno mencionado.

Siendo ello así, no se demostró la configuración de la justa causa imputable al empleador para finalizar el nexo contractual laboral, que impone confirmar la decisión de primera instancia en este tema.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

⁴² Folios 639 a 649.

⁴³ Folios 650 a 652.

⁴⁴ Folios 653 a 661.



La Sala se remite a los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997⁴⁵, así como a la sentencia de exequibilidad de dicho precepto⁴⁶.

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 ley⁴⁷.

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*

⁴⁵ 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”.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 531 de 2000.

⁴⁷ CSJ, Sala Laboral SL1360 de 11 de abril de 2018, reiterada en sentencia SL 260 de 30 de enero de 2019.



circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente”⁴⁸.

Bajo este entendimiento, atendiendo que en el *examine* Transandina Ingeniería S.A.S. no finalizó el contrato del demandante y, los móviles argüidos como imputables a aquella como empleador no se acreditaron, se desestimará la pretensión de pago de la indemnización solicitada, atendiendo la existencia de la renuncia de Luder Quiroga Aguilar, en tanto, la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se materializa con el despido del trabajador, no frente a su dimisión⁴⁹, en consecuencia, se confirmará en este aspecto la sentencia apelada.

Finalmente, la Sala no se pronunciará frente al pedimento de declaración de solidaridad entre las enjuiciadas, en tanto, no se impuso condena alguna. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

⁴⁸ En concordancia con el reciente pronunciamiento emitido en la sentencia C – 200 de 2019.

⁴⁹ CSJ, Sala Laboral SL1451 – 2018, radicación 44416, de 25 de abril de 2018, fallo de instancia.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

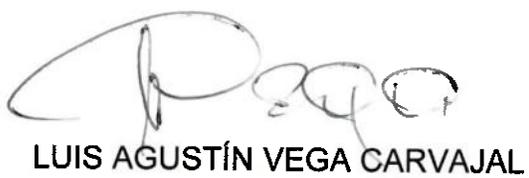
EXPD. No. 031 2019 00008 01
Ord. Luder Quiroga Vs Transandina Ingeniería S.A.S. y Otros

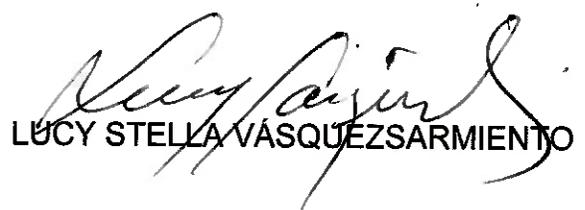
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZSARMIENTO



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 DIANA ESPERANZA VARGAS, LUZ STELLA SANDOVAL HERNÁNDEZ, MYRIAM JANETTE PRADA BERMÚDEZ, SANDRA YULIETH ALDANA INFANTE Y MARCELA MESTRA VALENZUELA CONTRA INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP GESTIÓN INTEGRAL – IAC GPP GESTIÓN INTEGRAL, SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO – SALUDCOOP - EN LIQUIDACIÓN. VINCULADA INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO – GPP SALUDCOOP - EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 Diana Esperanza Vargas, revisa la Corporación el fallo de fecha 02 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

Las convocantes demandaron la declaratoria de existencia de sendos contratos de trabajo de duración indefinida, vigentes a la fecha de presentación del *libelo incoatorio*, la responsabilidad solidaria entre las enjuiciadas en calidad de empleadoras, la ineficacia de cualquier compromiso verbal o escrito que desmejore sus condiciones laborales, en especial el acuerdo de eliminar el carácter salarial de las primas y bonificaciones, en consecuencia, se les reconozca el pago de éstas prerrogativas desde junio de 2013 y se tengan en cuenta como factor salarial, reliquidación prestacional, indexación, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentaron sus pedimentos, en síntesis, en que suscribieron sendos contratos de trabajo de duración indefinida con Saludcoop EPS OC; el 30 de septiembre de 2002 les fue comunicado que Saludcoop EPS constituyó la Corporación Clínica Saludcoop Bogotá, para manejar las clínicas Jorge Piñeros Corpas, Veraguas y Policarpa, sustituyendo patronalmente a la EPS a partir de 01 de octubre de 2012, situación que no afectaría sus derechos ni de los demás trabajadores; actualmente IAC GPP Gestión Integral, empresa a la que fueron sustituidos sus contratos, les reconoce como salario básico (i) \$735.000.00 a Diana Esperanza Vargas, (ii) \$1'233.500.00 a Luz Stella Sandoval Hernández, (iii) \$2'507.700.00 a Myriam Janette Prada Bermúdez, (iv) \$2'507.700.00 a Sandra Yulieth Aldana Infante y, (v) \$4'619.900.00 a Marcela Mestra Valenzuela; las demandadas cancelaban en los meses de junio y diciembre, primas extralegales denominadas "*bonificaciones*

¹ Folios 21 a 24.



extralegales”, así como “bonificación por vacaciones” al momento de su disfrute, rubros equivalentes a 15 días de salario; IAC GPP Gestión Integral, en algunas oportunidades les reconoció doble sueldo básico; Diana Esperanza y Myriam Janette solicitaron el 05 de marzo de 2014 a su empleador el pago de la “prima extralegal”, recibiendo como respuesta por IAC GPP Gestión Administrativa, que la empresa se encontraba atravesando una difícil situación económica, además, el pago de la prima extralegal había sido unilateral y por mera liberalidad de la empresa, sin que sobre tal pago existiera acuerdo contractual o convencional; radicaron derecho de petición ante IAC GPP Gestión Integral, para obtener copia de sus contratos de trabajo, certificaciones laborales y, desprendibles de pago; existe al interior de la empresa el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Salud de Colombia – SINTRASALUDCOL, al que se encuentran afiliadas Diana Esperanza, Myriam Janette y Sandra Yulieth y, la Asociación UNITRACOOP a la que pertenecen Luz Stella y Marcela². Las fechas de su vinculación y cargos desempeñados, se relacionan a continuación:

Demandante	Extremo Inicial	Cargo
Diana Esperanza Vargas	15 de enero de 1977 (sic)	Auxiliar Odontología
Luz Stella Sandoval Hernández	28 de agosto de 1966 (sic)	Auxiliar Administrativa
Myriam Janette Prada Bermúdez	01 de agosto de 2001	Odontóloga
Sandra Yulieth Aldana Infante	28 de julio de 2000	Odontóloga
Marcela Mestra Valenzuela	04 de mayo de 1970 (sic)	Odontóloga

² Folios 24 a 33 y 530 a 543.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Gestión Integral - En Liquidación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la suscripción de sendos contratos de trabajo entre las demandantes y Saludcoop EPS OC, con distintos extremos temporales de inicio, el valor actual de los salarios, los cargos, la solicitud de pago de las primas extralegales presentada por Diana Esperanza Vargas y Myriam Jeanette Prada Bermúdez, los derechos de petición y, su vinculación a UNITRACOOP y SINTRASALUDCOL. En su defensa propuso las excepciones de necesidad de pacto por escrito de una prestación extralegal para ser obligatoria, carácter no salarial de las prestaciones o primas extralegales concedidas a mera liberalidad por el empleador, génesis y carácter no retributivo de las prestaciones extralegales, potestad de suspender el pago de prestaciones extralegales, su buena fe, mala fe de las accionantes, prescripción y, genérica³.

Saludcoop Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo – En Liquidación, rechazó los pedimentos, en cuanto a los supuestos fácticos admitió los cargos desempeñados por las demandantes, la sustitución patronal a cargo de la Corporación Clínica Saludcoop Bogotá, la no afectación de derechos y, la existencia en una época de UNITRACOOP y SINTRASALUDCOL. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria,

³ Folios 612 a 672.



inexistencia de obligación a cargo de Saludcoop EPS y cobro de lo no debido, prescripción y, genérica⁴.

Mediante auto de 13 de junio de 2019, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda respecto de la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop - En Liquidación Forzosa Administrativa⁵.

Con proveídos de 28 de enero⁶ y 15 de julio de 2019⁷, el *a quo* aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda respecto de Myriam Janette Prada Bermúdez, Luz Stella Sandoval Hernández, Sandra Yulieth Aldana Infante y Marcela Mestra Valenzuela, continuando el asunto con Diana Esperanza Vargas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Gestión Integral – IAC GPP Gestión Integral y, a las llamadas en solidaridad Saludcoop Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo – Saludcoop y a la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop e, impuso costas a Diana Esperanza Vargas⁸.

⁴ Folios 680 a 687.

⁵ Folio 779.

⁶ CD y Acta de Audiencia, Folios 753 a 754 y 870.

⁷ CD y Acta de Audiencia, Folios 807 y 870.

⁸ CD y Acta de Audiencia, Folios 869 y 870.



RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, Diana Esperanza Vargas interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que era necesario valorar las pruebas aportadas, los interrogatorios de parte y los testimonios recibidos, aunque se hizo mención de la comunicación de 30 de septiembre de 2002 y, se demostró la sustitución patronal, no se tuvo en cuenta que quien acepta la sustitución no puede menoscabar derechos, como lo indicó dicho escrito al señalar que las prestaciones legales y extralegales se mantendrían, lo cual en efecto sucedió durante un periodo así lo demuestran los desprendibles de pago, valor que se reflejó en los certificados de ingresos y retenciones, además, las bonificaciones extralegales constituyeron factor salarial, fueron permanentes y habituales; no renunció a las pretensiones de la demanda, ni se comprometió a renunciar a derechos adquiridos, como las bonificaciones; el *otrosí* al contrato de trabajo contiene cláusulas ineficaces; presentó reclamación a la empleadora por las aludidas bonificaciones⁹.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso que Diana Esperanza Vargas laboró para Saludcoop EPS OC desde 25 de septiembre de 2000, mediante contrato de trabajo de duración indefinida, como Auxiliar de Odontología, vínculo que a partir de 01 de noviembre de 2003 fue

⁹ CD Folio 870.



sustituido patronalmente a IAC GPP Saludcoop Bogotá y, desde 01 de marzo de 2010 a IAC GPP Gestión Integral; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo suscrito¹⁰ y su *otros*¹¹, la comunicación de 31 de octubre de 2003 informando que por exigencia de la Superintendencia Nacional de Salud, se debía separar la prestación de servicios de aseguramiento dentro de la Corporación Clínica Saludcoop Bogotá, por ende, desde 01 de noviembre siguiente, se cedería dicho contrato a IAC GPP Saludcoop Bogotá¹², las certificaciones laborales de 23 de enero, 07 de mayo y 18 de noviembre de 2014, expedidas por IAC GPP Gestión Administrativa¹³, la relación de pagos efectuados de enero de 2001 a diciembre de 2009¹⁴, los comprobantes de pago de enero de 2011 a octubre de 2014¹⁵, las certificaciones de 27 de octubre y 10 de noviembre de 2017, emitidas por Saludcoop – En liquidación¹⁶ y, las respuestas al *libelo incoatorio* de IAC GPP Gestión Integral En Liquidación¹⁷ y Saludcoop En Liquidación¹⁸.

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.

PRERROGATIVAS DE MERA LIBERALIDAD, SALARIO REAL DEVENGADO Y CLÁUSULAS INEFICACES

¹⁰ Folios 175 a 176.

¹¹ Folios 178.

¹² Folio 177.

¹³ Folios 183 a 185.

¹⁴ Folios 187 a 229.

¹⁵ Folios 230 a 274.

¹⁶ Folios 699 y 704.

¹⁷ Folios 612 a 672.

¹⁸ Folios 680 a 687.



La Sala se remite a lo dispuesto por los artículos 127¹⁹, 128²⁰ y 132²¹ del CST, sobre elementos integrantes del salario, pagos que no lo constituyen y, formas y libertad de estipulación, así como a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en el sentido que, las prestaciones extralegales pagadas por mera gracia del empleador, es decir, que no encuentran respaldo legal en el contrato de trabajo u otra fuente de obligaciones vinculantes, como convención colectiva, laudo arbitral o pacto colectivo, pueden ser revocadas unilateralmente, pues, la liberalidad nace de la autodeterminación y no puede ser impuesta, claro está, con respeto por los derechos adquiridos²², entendidos estos como aquella categoría de beneficios que ingresan al patrimonio del titular, una vez éste ha cumplido los requisitos o condiciones establecidas en la ley, en sentido amplio, es decir, en cualquier fuente formal de derechos²³.

De otra parte, no admite mayor discusión que los pactos de exclusión salarial previstos por el artículo 128 del CST, 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

¹⁹ Artículo 127. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990>. 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 adopte, 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.

²⁰ Artículo 128. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990>. 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 a 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.

²¹ Artículo 132. 1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

²² Sala de Casación Laboral, CSJ Sentencia con radicado 42970 de 08 de mayo de 2014, reiterada en SL 3203 de 2016 y recientemente en SL 2547 de 2019, radicado 65404.

²³ Corte Constitucional, Sentencias C-781 de 2003, C-177 de 2005 y C-428 de 2009, citada en el Radicado 74592 de 17 de noviembre de 2020.



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 adoctrinado 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 contrario²⁴.

Siendo ello así, se determinará si los pagos por bonificaciones extralegales y bonificación por vacaciones, recibidos por Diana Esperanza Vargas, eran vinculantes para la empleadora y, si constituían o no factor salarial.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) cédula de ciudadanía de las demandantes²⁵, (ii) certificados de existencia y representación legal de las enjuiciadas²⁶, (iii) Resoluciones N° 01644 de 2011, N° 002099 de 2012 y N° 000301 de 2015, emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud²⁷, (iv) Resoluciones N° 128 de 2013 y N° 120 de 2014, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social²⁸, (v) derechos de petición

²⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 37037 de 25 de enero de 2011, SL1399 de 06 de marzo de 2019 y SL4580 de 06 de noviembre de 2019.

²⁵ Folios 57 a 61.

²⁶ Folios 63 a 121, 577 a 589, 594 a 596, 759 a 766, 783 a 788, 808 a 813 y CD Folio 598.

²⁷ Folios 133 a 160 y 169 a 173.

²⁸ Folios 161 a 169.



radicados los días 05 de marzo y 24 de octubre de 2014 por Diana Esperanza Vargas, ante IAC GPP Gestión Integral, cuestionando el motivo de no pago de las prestaciones extralegales de junio y diciembre de 2013 y la bonificación extralegal de vacaciones de enero de 2014, solicitando además copia del contrato de trabajo, certificación laboral y desprendibles de pago²⁹ y, las respuestas emitidas³⁰, (vi) contratos individuales de trabajo por duración indefinida suscritos entre las actoras y Saludcoop En Liquidación y, sus *otrosíes*³¹, (vii) comunicaciones de 30 de septiembre de 2002 y 31 de octubre de 2003, informando a las accionantes que era necesaria la constitución de la Corporación Clínica Saludcoop Bogotá para el manejo de las clínicas Jorge Piñeros Corpas, Veraguas y Policarpa y, que por exigencia de la Superintendencia Nacional de Salud se debía separar la prestación de servicios de aseguramiento dentro de dicha Corporación, por ende, desde 01 de noviembre de 2003 se cedería dicho contrato a IAC GPP Saludcoop Bogotá³², (viii) certificaciones de afiliación a organizaciones sindicales³³, (ix) derecho de petición presentado el 11 de noviembre de 2015 por Marcela Mestra Valenzuela, ante IAC GPP Gestión Integral, solicitando copia del contrato de trabajo, certificación laboral y desprendibles de pago³⁴, (x) comprobantes de pago y nómina entre diciembre de 2000 y junio de 2015³⁵, (xi) derechos de petición radicados los días 05 de marzo y 29 de octubre de 2014 por Myriam Janette Prada Bermúdez ante IAC GPP Gestión Integral, peticionando copia del contrato de trabajo, certificación laboral y desprendibles de pago³⁶, (xii) cesión del contrato de trabajo de Luz Stella Sandoval Hernández, por Saludcoop EPS OC a IAC

²⁹ Folios 179 y 181.

³⁰ Folios 180, 182 y 186.

³¹ Folios 276 a 278, 340 a 344, 387 a 391, 394 y 447 a 448.

³² Folios 279, 280, 345, 346, 392, 393,

³³ Folios 282, 408,

³⁴ Folios 179 y 181.

³⁵ Folios 284 a 338, 354 a 385, 409 a 445 y 455 a 527.

³⁶ Folios 400 y 405.



GPP Saludcoop Bogotá, a partir de 01 de mayo de 2009³⁷, (xiii) derecho de petición presentado el 11 de noviembre de 2015 por Luz Stella Sandoval Hernández ante IAC GPP Gestión Integral, requiriendo copia del contrato de trabajo, certificación laboral y desprendibles de pago³⁸, (xiv) acuerdo de sustitución patronal de trabajadores de las IAC GPP Gestión Integral En Liquidación con la Corporación Nuestra IPS de 12 de julio de 2018, suscrito por Myriam Janette Prada Bermúdez³⁹, (xv) acuerdo de terminación del contrato de trabajo con nueva vinculación y cláusula *Golden Parachute*, firmado Marcela Mestra Valenzuela⁴⁰, (xvi) acuerdo de pago y compensación, rubricado por Luz Stella Sandoval Hernández⁴¹ y, (xvii) acuerdo de terminación de contrato de trabajo, pago de acreencias laborales y compensación, suscrito por Sandra Yulieth Aldana Infante⁴² – los anteriores acuerdos fueron suscritos con IAC GPP Gestión Integral En Liquidación y la Corporación Nuestra IPS –.

³⁷ Folios 449 a 450.

³⁸ Folio 454.

³⁹ Folios 736 a 745, 789 a 791.

⁴⁰ Folios 792 a 796.

⁴¹ Folios 797 a 800.

⁴² Folios 801 a 803.



También se recibieron los interrogatorios de parte de Diana Esperanza Vargas⁴³ y, de los representantes legales de las convocadas a juicio⁴⁴, así como los testimonios de Nelson Gavino Cortés Pinzón⁴⁵ y Tomás Emilio Vence Chassaing⁴⁶.

⁴³ CD Folio 870 (Audio 2020-08-18) Min. 00:14:40. Diana Esperanza Vargas, Técnico. Dijo que firmó contrato con Saludcoop OC en el 2000 como Auxiliar de Odontología, después la pasaron a GPP Saludcoop y luego a la Cooperativa IAC Saludcoop, mediante sustituciones patronales, con todas las garantías que tenían, bonificaciones y prima, trabajó por 20 años, solo firmó un contrato y, un otrosí; en el año 2011 recibió un comunicado en el que le informaron que ya no se iban a pagar las bonificaciones de mitad y final de año, eso se originó en que al entrar a SALUDCOOP, el doctor Palacino les hacía comprar acciones de SALUDCOOP y, como asociados tenían derecho a unas bonificaciones si a la EPS le iba bien, que eran las mismas primas extralegales, se las pagaron hasta el año 2011, ascendían al mismo valor pagado por primas legales, eso se estipuló en el contrato; también le hacen falta dos años de aportes a pensión, “de resto cumplieron con el pago a porcentajes” y, por tutela ordenaron que realizaran los pagos a la EPS; tuvo un acercamiento con el representante legal de IAC Gestión Integral, dado que la empresa se acabó y MEDIMÁS le quitó la parte de servicios a Coorvesalud Coodontólogos que tenía los trabajadores de las “GPP’s” y, al no haber más trabajo “arreglaron a los trabajadores, tanto a los de GPP, como a los de Corporación” y, a raíz de que inició esta demanda comenzó a recibir amenazas por el cargo que tenía de Líder Sindical, lo cual está ante Fiscalía, el arreglo fue solo por la liquidación de lo que le correspondía, pero no por las bonificaciones. En el acuerdo que firmó con IAC se acordó no llegar a una acción legal, pero no por las bonificaciones, sino por la liquidación, le pagaron las bonificaciones de 2003 a 2010, reclamó el pago de las bonificaciones el 05 de marzo de 2014, porque empezaron a presentar derechos de petición del por qué no les habían pagado las bonificaciones, sin recibir respuesta, no recuerda que le respondieron frente al reclamo; la empresa siempre realizó el pago de las bonificaciones, ese pacto está en el contrato, quien quisiera ese beneficio debía comprar acciones de SALUDCOOP. Mientras trabajó con SALUDCOOP, esta cumplió con el pago de salarios y prestaciones, en 2011 su empleador era una de las Cooperativas, pero las órdenes se las daba la EPS a las Cooperativas y, a su vez estas a los trabajadores.

⁴⁴ CD Folio 870 (Audio 2020-08-18) Min. 00:35:05. Juan Guillermo López Celis, Apoderado General de Saludcoop. Manifestó que se encuentra vinculado a SALUDCOOP desde el 03 de febrero de 2020; la actora suscribió un contrato en el año 2000 y en el año 2013 se dio una sustitución patronal; las bonificaciones eran un estímulo que brindaba SALUDCOOP dependiendo de las ganancias o las pérdidas que tuviera la EPS, no sabe dónde se pactó su pago. La sustitución patronal por IAC Gestión Integral se dio en el segundo semestre de 2013.

CD Folio 870 (Audio 2020-08-18) Min. 00:42:15. William Rojas Velásquez, Abogado. Señaló que fungió como liquidador de IAC GPP Gestión Integral de 15 de marzo de 2017, se convocó a las organizaciones sindicales para discutir los pormenores de todas las instituciones auxiliares de cooperativismo, así como a las empresas en las que estas prestaban servicios, para que les ayudaran con el pago de prestaciones sociales y acuerdos, lo cual se tramitó ante el Ministerio del Trabajo, en esa negociación nunca se discutió el pago de primas legales o extralegales; conoce a la demandante a comienzos de 2018, porque lo contactó en un cese de actividades, se le solicitó que lo levantara porque la entidad seguía respaldando a los trabajadores, manteniendo los contratos de trabajo; con la accionante se realizó un acuerdo, reconociéndole el 100% de lo que había demandado por un retiro sin justa causa, acordándose que ella renunciaría a toda acción legal, pero no lo hizo, otros trabajadores que firmaron acuerdos, retiraron las acciones legales; Diana Esperanza le contó que había sido amenazada de muerte, no sabe nada más; las bonificaciones se entregaban por las empresas como parte del éxito empresarial, no se pagó durante mucho tiempo, eran actos de mera liberalidad. No tiene conocimiento respecto de la sustitución patronal, la actora aparece en nómina devengando las prestaciones que reciben todos los trabajadores de la entidad, sin primas o bonificaciones extralegales, nunca se realizaron pagos por esos conceptos, ni recibió reclamación de su pago, diferente a esta demanda; la demanda se radicó con anterioridad al acuerdo al que se llegó con la actora.

CD Folio 870 (Audio 2020-08-18) Min. 00:59:35. Luis Antonio Rojas Nieves, Abogado. Indicó que la demandante tuvo un contrato de trabajo firmado con la Institución Auxiliar de Cooperativismo GPP Saludcoop de 25 de septiembre de 2000 a febrero de 2010, no se encontró información sobre bonificaciones, adicionalmente, la actora tuvo la oportunidad de concurrir al proceso de liquidación forzosa administrativa, para hacer reclamación y, no lo hizo.

⁴⁵ CD Folio 870 (Audio 2020-08-18) Min. 01:05:35. Nelson Gavino Cortés Pinzón, Médico. Depuso que conoció a la demandante trabajando en la misma empresa por 20 años, aproximadamente; tiene una demanda igual, por las mismas bonificaciones extralegales que les venían cancelando durante 13 años y, dejaron de pagar de un momento a otro, Diana Esperanza era Auxiliar de Odontología, trabajaron en la misma sede durante un tiempo, luego los trasladaron; las bonificaciones las pagaban a todos los trabajadores, desde que ingresaban, constaban de una prima extralegal a mitad de año, otra prima extralegal a fin de año y, la prima de vacaciones, cada una de estas correspondía a medio sueldo, no sabe dónde están pactados estos pagos, conoció algunos recibos de pago de la actora cuando fueron a entablar la demanda. Todos los contratos de trabajo fueron sustituidos a GPP Saludcoop, GPP Clínica Bogotá, GPP Bogotá e, IAC Gestión Integral, en tales sustituciones se continuaban con los mismos beneficios de la empresa anterior, hasta que dejaron de cancelarlos; los pagos aparecían en el desprendible de nómina como bonificación extralegal y, prima de servicios para el caso de las vacaciones, la empresa IAC GPP reconoció esos pagos de 2010 a 2012. La mayoría de las personas presentaron reclamación ante la falta de pago de las bonificaciones, no sabe si la demandante también. No sabe si las bonificaciones eran base para liquidar los aportes a seguridad social de la actora.

⁴⁶ CD Folio 870 (Audio 2020-08-18) Min. 01:19:00. Tomás Emilio Vence Chassaing, Odontólogo. Manifestó que fue empleado de las demandadas, a través de sustituciones patronales, tiene una demanda en contra de las aquí accionadas por el no pago de primas extralegales y bonificación de vacaciones a partir de 2013; conoce a la demandante, pero no fueron compañeros de trabajo, ni prestaron servicios en la misma sede; las bonificaciones eran un incentivo por parte de Saludcoop EPS, por decisión de la Junta Directiva, se pagaba



En la cláusula undécima del contrato de trabajo suscrito por Saludcoop EPS OC hoy Saludcoop En Liquidación y Diana Esperanza Vargas⁴⁷, las partes acordaron que las primas, bonificaciones, auxilios y demás beneficios de carácter extralegal, extraordinario o permanente, ocasionales o habituales, en especie o en dinero, que el empleador reconociera por mera liberalidad, no constituirían salario, por ende, no tendrían incidencia en la liquidación de prestaciones sociales.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, dan cuenta que Diana Esperanza Vargas recibió pagos por bonificaciones extralegales y bonificación por vacaciones, en los siguientes periodos:

Bonificación	Periodo	Bonificación	Periodo
Extralegal	Dic/2000	Extralegal	Jun/2001
Vacaciones	Ene/2002	Extralegal	Jun/2002
Extralegal	Dic/2002	Vacaciones	Dic/2002
Extralegal	Jun/2003	Extralegal	Dic/2003
Extralegal	Jun/2004	Vacaciones	Nov/2004
Vacaciones	Ene/2005	Extralegal	Jun/2005
Extralegal	Dic/2005	Vacaciones	Ene/2006
Extralegal	Jun/2006	Extralegal	Dic/2006
Vacaciones	Ene/2007	Extralegal	Jun/2007
Extralegal	Dic/2007	Extralegal	Jun/2008
Extralegal	Dic/2008	Vacaciones	Dic/2008

cada seis meses, la prima de vacaciones era cuando salían a vacaciones, no les dijeron por qué se hacían esos pagos; estuvo vinculado a la entidad desde septiembre de 1996, las bonificaciones no quedaron establecidas por escrito, iban de acuerdo al salario de la persona, equivalían a medio salario, las recibieron hasta el año 2012. IAC GPP Gestión Integral pagó dichas bonificaciones antes de 2012, tuvieron incidencia prestacional, lo sabe porque era para todos los trabajadores. En una de las alocuciones anuales del doctor Palacino, les informó sobre el pago de las primas extralegales y bonificación por vacaciones, pero no recuerda cuándo fue; ante la falta de pago presentó derecho de petición y, le respondieron que esos pagos eran por mera liberalidad.

⁴⁷ Folios 175 a 176.



Vacaciones	May/2009	Extralegal	Jun/2009
Vacaciones	Sep/2009	Extralegal	Dic/2009
Vacaciones	Sep/2012	-	-

Cumple precisar que no existe instrumento de las partes, que regule las mencionadas bonificaciones extralegales y bonificación por vacaciones, por ende, se colige que no se originaron en el contrato de trabajo u otra fuente de obligaciones vinculantes, como convención colectiva de trabajo, laudo arbitral o pacto colectivo o individual, sino por mera liberalidad del empleador, siendo ello así, su reconocimiento podía ser revocado en la misma forma en que surgió, esto es, unilateralmente.

En adición a lo anterior, los medios de persuasión permiten concluir, en armonía con lo dispuesto por los artículos 127 y 128 del CST y su desarrollo jurisprudencial, que las bonificaciones recibidas no constituían salario, en tanto, al suscribir el contrato de trabajo de manera expresa, libre y voluntaria, empleador y trabajadora convinieron excluirlos de tal naturaleza, tampoco retribuían directamente el servicio prestado y, como lo confesó la demandante en su interrogatorio de parte, se reconocían si a la EPS *"le iba bien"*, siendo coincidente con lo aseverado por el representante legal de SALUDCOOP al señalar que las bonificaciones eran un estímulo que brindaba SALUDCOOP dependiendo de las ganancias o las pérdidas que tuviera la EPS y, de IAC GPP Gestión Integral, quien manifestó que las bonificaciones se entregaban por las empresas como parte del éxito empresarial, siendo actos de mera liberalidad, situación reiterada con el dicho de Tomás



Emilio Vence Chassaigne, al narrar que las bonificaciones eran un incentivo de SALUDCOOP EPS, por decisión de la Junta Directiva.

En consecuencia, nada imponía a la empresa incluirlos en la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones de Diana Esperanza Vargas, así como para el pago de aportes a seguridad social, dado que para su otorgamiento no se tenía en cuenta la actividad individual de cada trabajador, sino que se reconocían a manera de incentivo para todos los prestadores de servicio subordinado, por ello, se confirmará la decisión apelada en este aspecto.

Asimismo, surge improcedente la reliquidación de las prestaciones sociales con inclusión de los valores recibidos por la demandante por bonificaciones extralegales y bonificación por vacaciones, pues, como se dijo, se cancelaron por mera liberalidad del empleador, situación, que según se anotó, les resta incidencia salarial. En este tema también se confirmará la sentencia apelada.

Ahora, en su impugnación Diana Esperanza Vargas pretende que se declare la ineficacia de las cláusulas del *otrosí* de su contrato de trabajo, en este orden, la Sala trae a colación lo dispuesto por el artículo 132 del CST, así como lo explicado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, en cuanto a que el precepto en cita establece la libertad de que gozan los sujetos de la relación laboral para convenir el salario en sus diversas modalidades, no solo al inicio del contrato, también para modificarlo durante su vigencia, con la única restricción de



no afectar el mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, norma que prevé como única prohibición la posibilidad del empleador de disminuir la remuneración en forma unilateral e, inconsulta en contra del trabajador, entonces, estipulaciones en tal sentido efectuadas por los contratantes, tienen pleno valor, siempre que no se afecte el salario mínimo del trabajador o se demuestre la existencia de algún vicio en el consentimiento⁴⁸.

Bajo este entendimiento, es válido lo convenido por las partes, tanto en las cláusulas segunda y undécima del contrato de trabajo⁴⁹, como en el *otrosí* de 11 de enero de 2006⁵⁰ – único *otrosí* aportado respecto de Diana Esperanza Vargas –, en tanto, eran libres de acordar la remuneración salarial, sin que el alegado acuerdo de renuncia a las señaladas bonificaciones se pudiera tener en cuenta para desconocer su carácter de mera liberalidad, por ende su falta de incidencia salarial. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

⁴⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia 54261 de 01 de noviembre de 2017.

⁴⁹ Folios 175 a 176.

⁵⁰ Folio 178.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 023 2016 00216 02
Ord. Diana Vargas y Otros Vs Saludcoop EPS OC y Otros

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

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

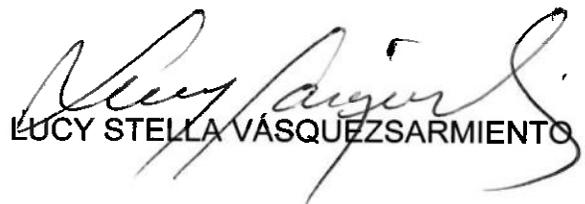
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZSARMIENTO