



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 04-2018-00704-01

Bogotá D.C., Octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARÍA DEL PILAR PATRICIA GARZÓN PACHÓN**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
AFP OLD MUTUAL SA
ASUNTO: **APELACIÓN PARTE DEMANDADA PORVENIR SA //**
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 223 a 224), así como Colpensiones (folio 226 a 227) y Old Mutual (fls. 242 a 243), y presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARÍA DEL PILAR PATRICIA GARZÓN PACHÓN** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **AFP PORVENIR SA** y la **AFP OLD MUTUAL SA** debidamente sustentada como aparece a folios 2 a 9 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante el 24 de diciembre de 1997 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías Porvenir SA, así como el efectuado de éste el 28 de abril de

2008 con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir SA, y los realizados de Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte al Skandia hoy Old Mutual el 3 de diciembre de 2010 y de éste al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir SA el 25 de octubre de 2011, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones, y en especial de la situación personal y concreta de la actora.

- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la señora MARÍA DEL PILAR PATRICIA GARZÓN PACHÓN en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 142 a 149), PROTECCIÓN SA (fls. 81 a 88) y OLD MUTUAL SA (fls. 169 a 182) de acuerdo al auto visible a folio 2202. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 4° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de agosto de 2019, **DECLARÓ LA NULIDAD** de la afiliación que hiciera la demandante al RAIS, que en su caso administra el Fondo de Pensiones y Cesantías PROVENIR SA y tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES. **ORDENAR** a Porvenir SA trasladar a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus correspondientes rendimientos. **ORDENAR** a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)**: Solicitó se revocara la decisión de primera instancia, indicando que la demandante se afilió en varias ocasiones a diferentes fondos, iniciando en Porvenir SA en 1997, posteriormente con Horizonte en el 2008, luego con Old Mutual en el 2010, retornando a Horizonte en el 2011 y a Porvenir en el 2014, sin que se pueda imponer al momento del primer traslado en 1997 la obligación a cargo del fondo inicial una carga diferente a la de diligenciar el formulario de afiliación como el consentimiento informado, en tanto la voluntad real y material de la demandante de trasladarse al ISS se encontraba en el formulario, pues para aquella data lo exigido por la ley era que se dejara como prueba documental el formulario de afiliación suscrito y debidamente diligenciado en sus casillas, lo cual no quería decir que no se le brindara toda la asesoría a la demandante, en tanto la misma se había dado de forma verbal, como lo indicó (esta al momento de absolver el interrogatorio de parte, quien indicó que se trasladó de

fondos en aras de buscar información, siendo imprecisa y renuente a contestar en la diligencia, pero si señalando que no tuvo interés en averiguar en cuánto quedaría su mesada pensional, en revisar sus extractos con respecto al manejo de su cuenta de ahorro individual. Igualmente, señaló que lo informado por la demandante en cuanto a qué supuestamente se iba a bar el ISS, pues por el contrario se estaba iniciando un nuevo sistema general de pensiones con la Ley 100 de 1993, por lo que en los términos del artículo 9 del CC, la ignorancia de la Ley no servía de excusa, ni había adelantado actuación alguna para retornar a Colpensiones, a pesar de que la entidad accionada había publicado en un diario de amplia circulación en cumplimiento de lo dispuesto en la Circular 01 de 2003 expedida por la Superintendencia Financiera, de la posibilidad de trasladarse sin el lleno de ninguno de los requisitos a Colpensiones. Finalmente, señala que al momento del traslado, la actora contaba con 34 años de edad, por lo que no tenía ninguna expectativa de pensión, ni era beneficiaria del régimen de transición.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) MARÍA DEL PILAR PATRICIA GARZÓN el día 24 de diciembre de 1997; **2-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA, el 24 de diciembre de 1997, efectiva a partir del 25 de diciembre de la misma anualidad, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Horizonte SA el 28 de abril de 2008, efectiva a partir del 1 de junio de 2008. Así mismo, solicitó su traslado el 3 de diciembre de 2010, efectivo a partir del 1 de febrero de 2011 a la AFP Old Mutual SA y de éste a la AFP Horizonte el 25 de octubre de 2011 efectivo a partir del 1 de diciembre de 2011 y finalmente por Cesión por fusión el 2 de enero de 2014 pasó de éste a AFP Porvenir SA. (fl. 93).

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

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

válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 142 a 149), PORVENIR SA (fls. 81 a 88) y OLD MUTUAL SA (fls. 169 a 182). Colpensiones: aportó el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a marzo de 2019. Porvenir SA: aportó los formatos vinculación, historia de vinculaciones del SIAFP, sábana de bono pensional, certificación, historia laboral, comunicados de prensa, políticas de asesoría. Old Mutual aportó formulario de afiliación, Certificación, solicitudes y las respuestas dadas a la demandante.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 24 de diciembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Javier Garzón (fl. 90), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 348 semanas cotizadas (fl. 40) y 34 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1960), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2017 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 40), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

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

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

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

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

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán

acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP Porvenir SA el 9 de agosto de 19924 de diciembre de 1997, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

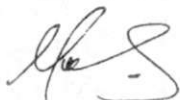
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500420180070401)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310500420180070401)
Aclaración de voto
x acogimiento tesis C.S.J
a partir de Autos de
desacato 7 octubre Drs.
Botero y Herrera.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310500420180070401)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 36-2019-00056-01

Bogotá D.C., octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **ORLANDO RAMIREZ CABRERA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **APELACIÓN SENTENCIA (Demandada)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de Colpensiones (folio 133), presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ORLANDO RAMIREZ CABRERA** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 2 y 3):

DECLARATIVAS:

1. Que el demandante está cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
2. Que el actor cumple con los requisitos fijados por el Acto Legislativo 01 de 2005, y por ello, conservó el régimen de transición hasta el año 2014.
3. Que el demandante cumple con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y por ello, resulta beneficiario de la pensión de vejez.

CONDENATORIAS:

1. Al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor Orlando Ramírez Cabrera, a partir del 1 de noviembre de 2012.
2. Al reconocimiento y pago de las mesadas ordinarias y adicionales.
3. Al reconocimiento y pago del retroactivo causado a favor del pensionado desde el 1 de noviembre de 2012.
4. Al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
5. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 80 a 94), de acuerdo al auto visible a folio 104. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de febrero de 2020. **Declaró probada** la excepción de no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios e indemnización moratoria y **parcialmente probada** la de prescripción. **Condenó** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a reconocer y pagar al señor Orlando Ramírez Cabrera, la pensión de jubilación por aportes, a partir del 18 de enero de 2016, en cuantía inicial de \$2.440.929,22, junto con dos mesadas adicionales por año y los reajustes anuales correspondientes. **Absolvió** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra. **Costas** a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandada** interpuso recurso de apelación del siguiente punto de la sentencia:

PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES: Solicita se revoque la sentencia condenatoria proferida en primera instancia, para en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que según reporte de historia laboral emitida por Colpensiones, junto con el tiempo de servicio prestado al sector público no logra acreditar 750 semanas al 25 de julio de 2005, por lo que no conservaría el régimen de transición, toda vez que el actor prestó sus servicios a la rama judicial un periodo de 8 meses, esto es, en el año 1982. Por otro lado, 4 años y 4 meses del 5 de abril de 1984 al 22 de junio de 1988; así mismo, se tiene en cuenta 2 años y 3 meses del 30 de julio de 1993 al 8 de noviembre de 1995, para un total de 373,23 semanas, las cuales sumadas con el tiempo cotizado por el demandante al Instituto de Seguros Sociales antes del 25 de julio de 2005 arroja un total de 740 semanas, sin que sea posible estudiar la prestación con una normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, como lo solicitó la parte demandante, con el Acuerdo 049 de 1990, o como lo concedió el Juzgado con la Ley 71 de 1988, pues a pesar que en la actualidad el actor acredita más de 1000 semanas, lo cierto

es que no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, en atención a que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, la Sala también avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta*, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el señor **ORLANDO RAMIREZ CABRERA** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en virtud del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la Ley 71 de 1988.

Reconocimiento de la pensión de jubilación Ley 71 de 1988:

Pues bien, el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 establece que para acceder al régimen de transición (evento en el cual podría pensionarse con la normatividad anterior), el afiliado deberá acreditar al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

Una vez verificado los documentos allegados con la demanda se acredita que el actor contaba con **51** años de edad, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es el -1° de abril de 1994-, situación que se colige con la fecha de nacimiento que data del 31 de agosto de 1943, la cual se desprende de la copia de cedula de ciudadanía visible a folio 9 del plenario, cumpliendo de esta manera con uno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la normatividad en comento, para ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien, a pesar que el demandante satisface el requisito de la edad, ha de detenerse igualmente en lo señalado por el parágrafo 4° del acto legislativo N° 01 del año 2005, de lo cual se hace necesario establecer cuál era la densidad de semanas cotizadas por la parte actora al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del referido acto legislativo.

Frente a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, ha de precisar que reexaminado el tema, ésta posición debe modificarse tomando en cuenta el criterio reiterado de la H. Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, tales como SL541 con Rad. 68436 del 19 de febrero de 2020 entre otras, que a su vez trae a colación las sentencias CSJ SL140-2020, CSJ SL5380-2019, CSJ SL5597-2019, CSJ SL4793-2019, CSJ SL4742-2019 CSJ SL5157-2018, en las cuales recoge el precedente que se había adocinado anteriormente, en el sentido de indicar que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 perdió su vigencia el 31 de diciembre de 2010, excepto para quienes al 29 de julio de 2005 acrediten 750 semanas cotizadas, toda vez, de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, sus efectos son aplicables hasta el 31 de diciembre de 2014, y en ese sentido se modificará la postura del Despacho.

Así las cosas, al revisar de manera conjunta las pruebas obrantes dentro del plenario, se tiene con los formularios CLEBP (fl. 51), como el reporte de historia laboral la siguiente cotización al 29 de julio de 2005:

- A la *Rama Judicial*, desde el 1 de enero de 1982 al 22 de agosto de 1982, **33** semanas cotizadas (fls. 21 a 23),
- Para la *Contraloría General de la República*, desde el 30 de julio de 1993 al 8 de noviembre de 1995, **224** semanas cotizada (fls. 24 a 36 y 119 a 121),
- Para *EDIS*, desde el 5 de abril de 1984 al 22 de julio de 1988, **119** semanas (fls. 52),
- A la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones: **416,3** semanas cotizadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, y contrario a lo afirmado por el recurrente, el actor acredita un total de **792,03** cotizadas al 29 de julio de 2005, concluyendo entonces, contrario a lo afirmado por la entidad accionada en resolución SUB 95811 del 10 de abril de 2018, el demandante *conserva el régimen de transición*, por tanto es beneficiario del mismo, en consecuencia las condiciones y requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez se rigen por lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 que prescribe que tendrán derecho a esta prestación los hombres que acrediten 60 años de edad y un mínimo de 20 años de servicio en cualquier tiempo.

Aclarado lo anterior, el demandante nació el 31 de agosto de 1943, cumpliendo 60 años el mismo día y mes de 2003, con lo que se satisface el requisito de la edad (fl. 9).

Así mismo, se tiene que la demandante cotizó un total de **1.095** semanas en toda su vida laboral, incluidas cotizaciones al sector privado, como tiempos al servicio del sector público, desde el 10 de enero de 1968 al 30 de octubre de 2012, razón por la cual, se declarará que el señor ORLANDO RAMIREZ tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación establecida en la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del **1 de noviembre de 2011**, esto es, día siguiente a la última cotización.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Así pues, previo a resolver lo referente al *quantum de la pensión*, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales. Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho, precisando que en todo caso si bien la parte demandante causó su derecho pensional el 1º de noviembre de 2012, esto es, día siguiente a la última cotización, sin embargo, conforme a las pruebas obrante en el plenario, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el día **8 de marzo de 2013**, conforme se extrae de la documental visible a folio 42 del informativo, mediante la cual, la entidad accionada le niega el reconocimiento de la prestación, límite que en todo caso dejó vencer la parte actora como quiera que dejó transcurrir más de los 3 años otorgados por la

normatividad laboral en comento desde la fecha de causación de la prestación, pues volvió a solicitar el reconocimiento prestacional el 18 de diciembre de 2017, solicitud que fue nuevamente negada por parte de la accionada mediante resolución SUB 95811 del 10 de abril de 2018, y radicó la presente demanda el 18 de enero de 2019 (fl. 75), lo que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 18 de enero de 2016, esto es, 3 años atrás a la radicación de la presente demanda.

Así las cosas, procede a confirmar el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **declarar probada parcialmente la excepción de prescripción** para ordenar únicamente el pago del retroactivo pensional causado a partir del 18 de enero de 2016.

En lo referente al *quantum* de la pensión, se tiene que el demandante a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, por lo que resulta procedente liquidar el IBL pensional conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizado a 2012, fecha de causación de la prestación, aplicando el 75% de tasa de reemplazo, conforme lo establece el artículo 25 del Decreto 1160 de 1989, decreto reglamentario de la Ley 71 de 1988.

Aclarado lo anterior, con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de esta decisión, calculó la mesada pensional a partir del 1 de noviembre de 2012, la cual al actualizarla al 18 de enero de 2016, asciende a la suma de \$2.408.530, por lo que al estar conociendo en el Grado Jurisdiccional de Consulta a Favor de Colpensiones, y en aras de no hacer más gravosa su situación, se **MODIFICARA PARCIALMENTE** de esta manera el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, así como las mesadas anuales a que tiene derecho el actor, las cuales serán de 13 mesadas pensionales al año, teniendo en cuenta que causó el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de reconocer una pensión de jubilación por aportes a favor del señor Orlando Ramírez Cabrera a partir del 1º de noviembre de 2012, establecida en la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, junto con 13 mesadas al año. Así mismo, en atención a la excepción de prescripción declarada probada parcialmente, se ordenará el pago del retroactivo pensional

a partir del 18 de enero de 2016, en cuantía para dicha anualidad de \$2.408.530.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503620190005601)



LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310503620190005601)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310503620190005601)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 13-2019-00075-01

Bogotá D.C., Octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: NIDIA YANETH ROMERO RIVEROS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
UGPP
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 162 a 165), así como la UGPP (fls. 168 a 171) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) NIDIA YANETH ROMERO RIVEROS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA y UGPP, debidamente sustentada como aparece a folios 69 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar que no es válido y por ende ineficaz el traslado a través de formulario por medio del cual efectuó la afiliación al RAIS a Horizonte hoy Porvenir SA, dado que no se brindó la información necesaria a la demandante, constituyendo un vicio en el consentimiento.

- Declarar que la señora NIDIA YANETH ROMERO RIVEROS continúa válidamente afiliada a la última entidad en el RPM que venía cotizando, esto es, CAJANAL hoy administrador por la UGPP.
- Con base en el Art. 4º del Decreto 2196 de 2009 a quien le corresponde realmente recibir nuevamente al RPM a la señora NIDIA YANETH ROMERO RIVEROS es a Colpensiones.
- Ordenar a Porvenir SA a trasladar con destino al RPM los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre el 29 de diciembre de 1994 a la fecha en que se efectúe el traslado.
- Ordenar a Colpensiones recibir los aportes a la Seguridad Social que le sean trasladados por parte de Porvenir SA.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 87 a 90), UGPP (fls. 98 a 107), de acuerdo al auto visible a folio 138. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 24 de mayo de 2019, se tuvo por NO contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir SA (fl. 138).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 13º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de agosto de 2020, **Absolvió** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA de las peticiones incoadas en su contra por la demandante Nidia Yaneth Romero Riveros. **COSTAS** a cargo de la parte actora, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.00.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que, la demandante estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media a CAJANAL, conforme lo acreditan las documental No. 4 y 5, así como las Certificaciones de la Gobernación de Santander, en donde se evidencia que la entidad realizó las cotizaciones a CAJANAL la cual pertenecía al régimen de prima media. Ahora, si bien al presentar un derecho de petición a Porvenir para que se decrete la nulidad de la afiliación, la misma omite respuesta, no obstante, al acercarse a una oficina presencialmente de Porvenir SA, le entregan su historia laboral y le manifiestan su fecha de afiliación, además le hacen una proyección de su posible mesada pensional, aunado al hecho que se encuentra acreditado con los formatos 1, 2 y 3 B de la Fiscalía, en donde se señala que las cotizaciones a pensión han sido realizadas a Porvenir SA.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) NIDIA YANETH ROMERO RIVEROS el día 29 de diciembre de 1994; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, en la Caja de Previsión Cajanal (fl. 29), posteriormente estuvo afiliada al Fondo Territorial de Pensiones Santander (fl. 27), solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA, el 29 de diciembre de 1994, conforme se extrae del certificado de información laboral (fl. 20), situación que se colige del formulario de afiliación aportado a folio 164.

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292

de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las mas de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 87 a 90), UGPP (fls. 98 a 107). COLPENSIONES aportó: expediente administrativo. UGPP no aportó ninguna prueba documental.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de diciembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 29 de diciembre 1994, la demandante tenía 155 semanas (fl. 29 Vto.), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 36 años (nació el 13 de octubre de 1958, fl. 9) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, en el año 2015 (acredita 1.195 semanas – fl. 10), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

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

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

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

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, en lo relacionado a que el demandante no estuvo afiliado inicialmente al extinto ISS hoy Colpensiones, sino que a la Caja de Previsión CAJANAL (fl. 29) y al Fondo Territorial de Pensiones Santander (fl. 27), frente al tema ha de traer a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó *"Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social."*

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 29 de diciembre de 1994, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, ha de precisarse que ha de **Absolverse** a la UGPP de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra por la señora Nidia Romero.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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

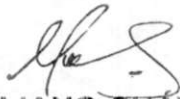
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 29 de diciembre de 1994, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ABSOLVER a la UGPP de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra por la señora Nidia Romero.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501320190007501)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310501320190007501)

*Deliberación de voto en
acompañamiento de la tesis
de la C.S.S. a partir
de los autos de 7 de Octubre
en trámite incidental.*



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501320190007501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 24-2017-00059-01

Bogotá D.C., Octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTE: ANGELA PATRICIA TORRES CIPAMOCHA
DEMANDADO: TELMEX COLOMBIA SA
ASUNTO : APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la demandada TELMEX COLOMBIA SA (folio 606 y ss. presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

Los señores **ANGELA PATRICIA TORRES CIPAMOCHA** instauraron demanda ordinaria laboral contra de **TELMEX COLOMBIA SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 108 a 109):

DECLARATIVAS:

- 1) Que entre las partes existió un contrato laboral, que empezó el 1 de mayo de 2011 y terminó el 20 de febrero de 2015.
- 2) Que la demandada terminó el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa.
- 3) Que la demandada dejó de pagar a la demandante salarios causados por comisiones sobre venta.
- 4) Que el último salario devengado por la demandante fue de \$13.962.915.
- 5) Que la demandada no pagó a la demandante el salario convenido.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 24-2017-00059-01

Bogotá D.C., Octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

**DEMANDANTE: ANGELA PATRICIA TORRES CIPAMOCHA
DEMANDADO: TELMEX COLOMBIA SA
ASUNTO : APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la demandada TELMEX COLOMBIA SA (folio 606 y ss. presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

Los señores **ANGELA PATRICIA TORRES CIPAMOCHA** instauraron demanda ordinaria laboral contra de **TELMEX COLOMBIA SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 108 a 109):

DECLARATIVAS:

- 1) Que entre las partes existió un contrato laboral, que empezó el 1 de mayo de 2011 y terminó el 20 de febrero de 2015.
- 2) Que la demandada terminó el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa.
- 3) Que la demandada dejó de pagar a la demandante salarios causados por comisiones sobre venta.
- 4) Que el último salario devengado por la demandante fue de \$13.962.915.
- 5) Que la demandada no pagó a la demandante el salario convenido.

CONDENATORIAS:

- 1) A pagar a favor de la demandante de las siguientes sumas de dinero:
 - a. La suma de \$28.856.691 por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa, de conformidad con lo estipulado en el artículo 64 del CST.
 - b. Por la suma de \$8.962.915 mensuales a partir del 1º de julio de 2014 hasta el 20 de febrero de 2015, para un total de \$68.715.682, por concepto de nivelación salarial correspondiente al cargo de la demandante.
 - c. La suma que corresponda por las comisiones de las ventas de los clientes CODESS, Coopetrol, TecnoCom que le pertenecen a la demandante.
 - d. Por la suma de \$8.920.750 por concepto de reliquidación de cesantías con base en el salario realmente devengado por la demandante, esto es, \$13.962.915.
 - e. Por la suma de \$8.920.750, por concepto de reliquidación de prima legal de servicios con base en el salario realmente devengado por la demandante, esto es, \$13.962.915.
 - f. Por la suma de \$1.070.510 por concepto de reliquidación de intereses a las cesantías con el salario realmente devengado por la demandante, esto es, \$13.962.915.
 - g. Por la suma de \$4.460.400 por concepto de reliquidación de vacaciones con el salario realmente devengado por la demandante, esto es, por la suma de \$13.962.915.
 - h. Por la indemnización moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 por la no consignación oportuna y completa de las cesantías al fondo correspondiente a razón de \$465.431 diarios desde el 15 de febrero de 2012 hasta el 20 de febrero de 2015.
 - i. Por la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST por el no pago de salarios y comisiones, desde el 20 de febrero de 2015, fecha de terminación del contrato, hasta que se verifique el pago, a razón de \$465.431 diarios.
 - j. Costas procesales.

TELMEX COLOMBIA contestó la demanda (fls. 144 a 398), de acuerdo al auto visible a folio 399. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de febrero de 2020. **DECLARÓ** probadas las excepciones de **COBRO DE LO NO DEBIDO POR INEXISTENCIA DE LA CAUSA Y DE LA OBLIGACIÓN E INEXISTENCIA DEL DERECHO. ABSOLVIÓ** a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante **ANGELA PATRICIA TORRES CIPAMOCHA**. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación:

NIVELACIÓN SALARIAL: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para que en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, si bien el Juzgado de instancia señaló que no se podía ordenar la nivelación salarial ante la orfandad probatoria, lo cierto es que en el caso en concreto la Juez se aparta de una serie de probanzas que existen en el plenario para concluir que no se probó en determinada circunstancia y con el detalle que señala el cargo de iguales funciones que tenía con otro funcionario, sin embargo el Despacho deja de lado una prueba importante, en el sentido que determina que en la práctica sí se dio un cambio en cuanto al área que pertenecía la demandante, pues inicialmente pertenecía al área de gerencia de cuentas intermedias, y pasa a a la gerencia de cuentas globales que tenía condiciones absolutamente diferentes, en cuanto a ingresos, además por cuanto dentro de esa área no existe el cargo que desempeñaba la demandante, por lo menos en cuanto a lo que tiene que ver con diferencias entre cargos de consultor senior y consultor junior, pues la diferencia es grande, tal y como se encuentra probado, máxime si se tiene en cuenta que los testimonios señalaron las diferencias que existían entre la gerencia de cuentas intermedias y la gerencia de cuentas globales, no solamente en cuestión de funciones, sino también en los clientes que atendían, así como en los ingresos que devengaban. Nótese como la propia demandada en un listado que aporta al expediente acreditando los ingresos devengados por las personas que aparentemente prestaban sus servicios en la gerencia de cuentas globales, se puede observar a modo de ejemplo que los señores Rolando Palacios Ortiz y Marisol Santana no pertenecían a cuentas globales, eran consultores, y en el listado que fue aportado por la demandada se menciona en el listado consultor intermedio y pertenecía a la cuenta de intermedios que dirigía la señora Diana Ospina, tal y como quedó claro no solo en los documentos, sino adicionalmente del propio testimonio de la señora Diana Ospina, quien indicó que los Rolando Palacios Ortiz y Marisol Santana pertenecían al área de 'cuentas intermedias', esto es, que las cuentas, los vales etc. eran manejados por la señora María Luisa Escobar, y en ese orden, las cuentas globales tenían ingresos diferentes, por lo que la lista que allegó la demandada no concuerda con la realidad, toda vez que aportan un listado de unas personas que aparentemente trabajan en la 'gerencia de cuentas globales', sin que eso sea cierto, sin embargo, se pretende que la parte demandante traiga una 'prueba diabólica' y la imposibilidad absoluta de probar algo que por supuesto no va a poder probar, y cuando se le pide a quien puede tener la prueba, aporta un listado que no concuerda con la realidad, basta observar quien es el gerente de cuentas intermedias y los diferentes correos, con las que se puede observar que las personas que allí están por lo menos las que se mencionaron, no pertenecen a la gerencia de cuentas globales, sino que pertenecen a la gerencia de cuentas intermedias, son embargo, desconoce la razón por la cual la demandada presentaron pruebas que desconoce, lo cierto es que fue imposible que por renuencia de

la parte demandada, se pueda demostrar que todas las personas que prestan sus servicios en el área de cuentas intermedias, devenguen salarios ostensiblemente diferentes, a las personas que prestan sus servicios para la gerencia de cuentas globales, y con la carta de julio de 2014, con la cual le manifiestan a la actora que a partir de esa fecha sería parte del selecto grupo de la gerencia de cuentas globales, en la cual manejaban unos clientes y tenían unos ingresos superiores, y en ese sentido, al comparar a la demandante con el salario que percibía la señora Sonia Pulido, quien recibía un salario ostensiblemente diferente a la persona que tenían salarios en las cuentas intermedias.

La diferencia debe hacerse, conforme la documental allegada por la demandada, respecto de cada persona, entre las que prestan servicios en una cuenta global, respecto de una que presta sus servicios en el área de cuenta intermedia, y a pesar de que se requirió a la demandada para que allegara la prueba a efectos de que se acreditara la diferencia salarial, sin embargo envía un listado que no corresponde con la realidad, y el Juzgado deja de lado la carta de cambio de una gerencia a otra, en la que ya habíamos dicho que manifiesta que escogen a un selecto grupo, y deja de lado los testimonios, incluso la misma certificación de la demandante, y concluye que no le asiste derecho a la actora para ser nivelada salarialmente, pues a pesar de que quedó acreditado el cambio de gerencia, manifiesta que fue bajo las mismas condiciones.

PAGO COMISIONES: no es cierto que la demandante estuviera por fuera de las políticas, pues existían políticas de 90 días para el 100% del pago y 120 días para el 50% del pago, y la señora demandante cambió de gerencia, y de ahí se suscitan los problemas que se ventilaron dentro del proceso, por lo que tenía derecho a que se le respetaran algunas comisiones, específicamente con los clientes ECOPETROL SA y TECNOCOM, por la labor que había realizado la cual esta amparada por 120 días, tal y como quedó acreditada en los testimonios, sino con las pruebas documentales, quien a modo de ejemplo el señor Wilson Triana lo manifiesta, sí tenía derecho a la política de protección de los 120 días, los cuales no le fueron cancelados por el cambio de gerencia.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO: Manifiesta su inconformidad respecto de la manifestación efectuada por la Juez de instancia, quien encontró probada los incumplimientos en las funciones de la demandante, por lo que no hay que dar por demostrado la falta supuestamente cometida por la demandante, pues con la autorización del cliente cambió una carátula, mas no manipuló el contrato, como lo hace parecer la demandada, y como sucedió con el señor Luis Penagos, quien señaló que le constaba el actuar de la demandante, sin embargo, lo que la actora hizo, lo hizo bajo autorización del mismo cliente, esto es, cambiar una empresa por otra para darle mayor agilidad y mejor servicio a la solicitud del cliente, eso no puede tomarse como un incumplimiento en las obligaciones de la ex trabajadora. Lo anterior hace ver que para el incumplimiento de las obligaciones por un lado si lo cometió, pero por otro lado, no cumple para el pago de la comisión.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si hay lugar a declarar la nivelación salarial de la demandante, en consecuencia pagar la diferencia salarial devengada por la actora, y re-liquidación de acreencias laborales. **2.** Si hay lugar al reconocimiento del pago de comisiones. **3.** Si procede la indemnización por despido sin justa causa.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes, su modalidad contractual y los extremos temporales de la relación laboral, encontrándose plenamente establecido que la señora ANGELA PATRICIA TORRES CORDOBA suscribió un contrato a término indefinido con la demandada TELMEX COLOMBIA SA a partir del 2 de mayo de 2011 al 20 de febrero de 2015, desempeñando el cargo de "Consultor Intermedias" conforme se acredita del contrato individual de trabajo a término indefinido salario ordinario mas variable (fls. 172 a 175), la certificación visible a folio 178 del plenario, así como la liquidación definitiva de prestaciones sociales obrante a folio 176 del expediente y la carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 180 a 182).

En efecto, los medios de convicción vertidos al proceso permiten concluir que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido el día 2 de mayo de 2011, pactándose inicialmente que la demandante debía desempeñar las funciones inherentes al cargo de CONSULTOR INTERMEDIAS, con un salario de \$2.715.600, más una remuneración variable consistente en una suma de dinero a liquidar y pagar de acuerdo con el porcentaje de cumplimiento de la meta mensual convenida con el empleador (folios 172 a 175), relación laboral que terminó el 20 de febrero de 2015, como consecuencia de una decisión unilateral por parte del empleador, tal y como consta en la carta de terminación del conato de trabajo que aparece a folios 180 a 182 del expediente.

NIVELACIÓN SALARIAL:

Con arreglo al artículo 143 del CST, a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, sin que se puedan establecer diferencias por razones de edad, raza, género, nacionalidad, religión, opinión política o actividades sindicales.

La norma en cita procura combatir el trato discriminatorio materializado en la remuneración proveniente de factores sociológicos, culturales, creencias íntimas o actividades legítimas del trabajador que ninguna relación tienen con su trabajo

objetivamente considerado¹, sin embargo, impone no solo la igualdad de cargo, sino también de jornada y eficiencia, condicionamientos que la jurisprudencia ha entendido como analogía o semejanza en funciones, cantidad, eficiencia y calidad de trabajo.

En efecto, el criterio que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia para determinar la procedencia del principio consagrado en el artículo 143 del CST, esto es, "A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL" anteriormente denominado "a trabajo igual, salario igual", necesariamente se debe examinar si la diferencia salarial existente obedece a razones meramente objetivas, o si, por el contrario, constituye un trato discriminatorio motivado eventualmente en circunstancias subjetivas por parte del empleador, de tal modo que por no ser de aplicación automática dicho precepto, debe determinarse en cada caso particular y concreto, si los cargos con funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plano de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, es decir, su antigüedad, así como su nivel profesional o académico, entre otras.

De tal suerte que se ha adoctrinado que el estudio de la nivelación salarial como la que aquí se reclama, debe surtir el análisis de los siguientes requisitos:

1. *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
2. *No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
3. *Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación."*

Ahora, respecto de la carga probatoria la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3165-2018, tiene adoctrinado lo siguiente:

Al respecto, la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia (sentencias CSJ SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858 y SL 20 oct. 2006. Rad. 28441 que reiteró las providencias SL 10 jun. 2005 y 24 mayo 2005. Rad. 24272, entre otras).

Ahora bien, al verificar la documental que reposa dentro del expediente, ha de advertirse que de conformidad con la cláusula primera del contrato de trabajo a término indefinido visto a folios 172 a 175 del plenario, la demandante fue contratada para desempeñar *"funciones inherentes al cargo de CONSULTOR INTERMEDIAS y en las labores anexas y complementarias que se originen en la naturaleza del cargo contratado (...)*.

Posteriormente, en julio de 2014 mediante documento visto a folio 65 del expediente, el Señor Luis Arturo Baquera – Gerente Comercial Corporativo le comunicó a la aquí

¹ CSJ, Sala laboral, sentencia de 10 de octubre de 1980

demandante que "(...) Lo invitamos formalmente a hacer parte de este equipo selecto de colaboradores en donde a partir del 1 de julio de 2014 la estructura organizacional de las Gerencias Comerciales del Segmento Corporaciones de Claro Soluciones Fijas ha cambiado, dado este cambio de estructura nos permitimos informarle lo siguiente:

- La Gerencia Comercial a la cual hará parte es a la Gerencia Comercial Cuentas Globales a cargo Luis Arturo Baquero.
- Su cuota mensual de ventas se mantiene en \$8.000.000 (pesos colombianos), recuerde que de esta cuota depende el pago de la porción variable de su salario por resultado de ventas equivalente al 70%. La medición de esta cuota se da por las ventas legalizadas frente a la cuota de ventas del mes, y su pago depende de las ventas legalizadas e instaladas en el mes de medición.
- Considerando la estacionalidad en las ventas en los meses de enero y diciembre de 2014 el pago en estos meses se liquidará al 90% de la cuota, no obstante, este beneficio no afecta la medición del cumplimiento, el cual se mantiene al 100% de la cuota.
- Se realizó un cambio de asignación de cuentas el cual ya le fue notificado y del cual se le realizó entrega de la relación de los clientes junto con el recurrente de las mismos, este cambio de asignación de cuentas empezó a regir a partir del 1 de julio de 2014, y con el recurrente de esta cartera expresada en pesos colombianos y será medida en revenues (SIC) mensuales recurrentes facturados durante el trimestre. El cumplimiento será medido y pagado trimestralmente dividiendo el acumulado de facturación mensual recurrente en el trimestre sobre el acumulado de recurrente a mantener en el trimestre. Este cumplimiento determina el 30% del componente variable de su salario y se rige por las políticas de compensación de la compañía.

Ahora bien, ante el requerimiento efectuado por el Juzgado en audiencia del 15 de mayo de 2019, la demandada aportó un "Listado de personas que laboran en la Gerencia de Cuenta Globales son Salarios Básicos Mensuales", en el que se observa que para el mes de diciembre de 2015, devengaban una asignación salarial de \$3.267.000 (fl. 499).

Así mismo, a folios 585 a 593 del plenario obra certificación laboral y copia de los comprobantes de nómina en donde se evidencia los salarios básicos devengados en los meses de julio de 2014 a enero de 2015, así como el cargo desempeñado por la señora SONIA JANETH PULIDO GUTIÉRREZ, con quien comparó las funciones que desarrollaba la demandante, sin embargo, al revisar dicha documental, contrario a ello, de conformidad con la certificación expedida por el Coordinador Administrativo RR.HH. de COMCEL S.A certificó que con la señora PULIDO GUTIÉRREZ existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de julio de 2009, desempeñando el cargo de CONSULTOR CORPORATIVO SR, percibiendo un salario integral de \$11.930.000; respecto de la señora LIDA QUIROZ conforme a la certificación que obra a folio 587 se colige que no ha tenido vínculo laboral con COMCEL S.A.

Se practicó **interrogatorio de parte** a la representante legal de la sociedad demandada, quien indicó que la demandante fue cambiada a otra gerencia pero fue un movimiento horizontal que no implicaba ningún tipo de modificación salarial; que en la nueva gerencia atendía cuentas del grupo Aval y los consultores intermedios

tienen una asignación fija que para el caso de la demandante era de \$3.123.000 y un variable que a la finalización del contrato de trabajo estaba alrededor de los \$2.080.000 más o menos; que las condiciones para los asesores o consultores intermedias son exactamente iguales, así esté en otra gerencia; adicionalmente, existen algunas variables de la antigüedad, de la zona o los clientes, por lo que aseguró que no todos ganan lo mismo; en la compañía existe una política de protección en la que se le respetan los clientes que venían manejando por tres meses más; los salarios de los consultores o comerciales no son todos iguales, pero en el caso de la demandante tenía una remuneración de \$3.127.000 y un variable de \$2.000.000; los porcentajes en las condiciones eran iguales, pero variaba dependiendo de las zonas, experiencia u otros factores que se tienen en cuenta; en la gerencia de globales habían más consultores con funciones iguales.

Así mismo, se practicó el **interrogatorio de parte** a la demandante quien indicó que el cargo para el cual fue contratada inicialmente fue el de consultor intermedia, pero había sido ascendida dado que la empresa suele pasar a otra persona a otro cargo, el cual espera tres meses para saber si le va bien o no, con el fin de nivelarlo salarialmente, ese fue el ascenso que le prometieron; que la señora Diana Ospina le hace su última evaluación de desempeño, le coloca resultados excelentes e indica que ya está lista para pasar a otro cargo; cuando se dio la oportunidad pasó a cuentas globales, es decir, a manejar los mejores clientes de la empresa; el 1 de julio de 2014, fue cambiada a la gerencia de cuentas globales.

Por otra parte, se practicó la prueba testimonial a la señora **Diana Ospina Salazar**, quien señaló ser la Gerente Comercial de Cuentas Intermedias 1, conoció a la demandante dado que fue siempre su consultora intermedia; que las funciones de ÁNGELA PATRICIA TORRES consistían en atender a nivel comercial a una base de clientes asignadas a la gerencia donde les vendía, así como los requerimientos de servicio de la empresa y de los clientes, cuando la actora pasó a la gerencia de globales no cambio de salario, pues ella era *consultor de intermedias* y al pasarla de una gerencia a otra, no le hizo ningún cambio ni rango; éste consultor realizaba funciones de soluciones fijas de servicios a empresas corporativas; el *consultor corporativo* realizaba funciones de ventas a empresas, pero lo único es que dentro de la compañía las empresas tienen una segmentación potencial de facturación, que inicia con las empresas Pyme, luego sigue con las empresas intermedias y luego globales; a Ángela la llevaron para manejar las cuentas del grupo Aval, con cuentas pequeñas.

Por su parte, el señor **Wilson Triana** señaló ser jefe de soporte de la empresa demandada desde el 20 de octubre de 2008; que para el año 2014, ostentaba el cargo de Coordinador de Mejoramiento de Procesos cuyas funciones corresponden a asegurar los procedimientos de venta, es decir, que se encuentren actualizados y definidos en pro de que el consultor comercial pueda vender; participaba en proyectos de mejora; conoce a la demandante cuando en su momento era Consultora de ventas, en el área de intermedias, era un segmento intermedio entre las grandes y pequeñas empresas; Diana Ospina fue su Jefe; la demandante estaba en una gerencia de intermedias y luego, paso a una gerencia de cuentas globales, para manejar unas cuentas específicas; después de ese movimiento; no sabe si cambio su salario, también aduce que los consultores a nivel de estructura comercial en términos generales todos tienen el mismo cargo.

Finalmente, el señor **Marco Enrique Cortes** adujo que a pesar de no saber en qué fecha ocurrió, supo del cambio de gerencia de la demandante; el cargo que antes ocupada era en la gerencia de cuentas intermedias, pero no sabe si era junior o senior, ya que este varía según la experiencia; siempre un comercial desempeña las mismas funciones; el Jefe anterior de la actora era Diana Ospina, cuando cambió de gerencia fue María Luisa Escolar; existe diferenciación en los cargos de los consultores puesto que cuando un consultor ha demostrado un rendimiento en su labor hay consultores que se clasifican como senior, por lo que a ellos se les encomiendan los clientes de mayor envergadura y potencial para que estén al tanto de que se cumplan con los acuerdos que se han hecho, hay consultores que vienen atendiendo cuentas más pequeñas, son clientes que no demandan tanta complejidad de servicios y vende los servicios base.

Teniendo en cuenta las pruebas anteriormente indicadas, a pesar de que la parte actora señaló que fue promovida de cargo el 1 de julio de 2014, y que la empresa demandada le aseguró que después de 3 meses procederían con la nivelación salarial, lo cierto es que no existe ningún medio probatorio que acredite tal manifestación, por el contrario, lo que se puede concluir de la prueba arrimada al plenario es que si bien la demandante fue cambiada de gerencia, esto es, de la gerencia intermedia a la global, lo cierto es que dicho cambio no implicó modificaciones a nivel salarial que fueron pactadas al inicio de la relación laboral, lo anterior por cuanto los testimonios practicados dentro del presente asunto, si bien de forma uniforme manifestaron que la demandante fue trasladada de la Gerencia Intermedia a la Gerencia Global en julio de 2014, lo cierto es que también señalaron que la demandante continuó con las mismas condiciones, y que no hubo modificaciones salariales; así mismo, si bien la representante legal de la demandada indicó que los salarios de los consultores no son todos iguales, y que el mismo se ve impactado por distintas condiciones, entre ellas la antigüedad, experiencia o zona que trabaja el consultor, lo cierto es que dicha situación no puede tomarse de base para medir la igualdad de las condiciones laborales con respecto a la demandante, pues lo que concluye ésta Sala de decisión es que conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, no se puede concluir de manera diáfana y certera, cuales eran las condiciones específicas en las que pudiera haber estado incluida la demandante.

Respecto de las certificaciones laborales obrante dentro del plenario, debe resaltarse que no es punto de referencia la expedida a favor de la señora LIDA QUIROZ (fl. 587), como quiera que la misma no ha estado vinculada para la demandada en ningún momento.

En lo que tiene que ver con la certificación expedida de la señora SONIA JANETH PULIDO GUTIERREZ (fl. 585), con la cual podemos hacer una comparación, únicamente por cuanto dicha documental nos da cuenta de los salarios devengados por la misma, se observa que la señora PULIDO GUTIERREZ ostentaba el cargo de CONSULTOR COPORATIVO JR, por lo que para la Sala no guarda relación con la eventual nivelación que pretende la parte actora, pues la misma debería compararse con otra persona que desarrollara su mismo cargo y funciones, pero que recibiera un salario superior, en éste caso, se está comparando con un cargo superior, recordando que dentro del material probatorio que reposa dentro del plenario, se acreditó que a la demandante tan solo la cambiaron de gerencia, mas no de cargo ni de condiciones

laborales, lo que quiere decir que, no se está comparando con el mismo cargo que tenía la demandante dentro de la gerencia a la cual fue enviada (Gerencia de cuentas globales), sino que se compara con otro cargo, el que desempeñaba la señora PULIDO GUTIERREZ, y no con otro trabajador que ejerciera las mismas funciones en el cargo de CONSULTOR INTERMEDIA de la gerencia de cuentas globales.

Así las cosas, la parte demandante no logró probar la diferencia salarial entre el cargo que ocupaba y el que pretende que se le reconozca en el presente proceso, a efecto de establecer si superaban el percibido por la actora, con lo cual impide igualmente que se de aplicación al principio en mención, toda vez que la parte demandante no acreditó la identidad de funciones, en una misma dependencia, por trabajos equivalentes; La igualdad en las condiciones de eficiencia, en el desempeño del mismo oficio; y la realización en igual cantidad y calidad del trabajo, pues la señora PULIDO desempeñaba el CARGO DE CONSULTOR CORPORATIVO JR y como se ha dicho la demandante ostentaba el cargo de CONSULTOR INTERMEDIAS, la cual no fue motivo de discusión, tampoco se pueden verificar si tenían iguales condiciones de eficiencia de trabajo y que tuviesen en igual cantidad y calidad del mismo, o que tuviesen el mismo grado de experiencia en las actividades realizadas o el mismo nivel profesional o académico a efectos de ordenar una nivelación salarial.

De manera que, en las condiciones analizadas se exhibe como improcedente la pretensión de la demandante en punto a la nivelación salarial deprecada, en tanto que el tratamiento desigual que pregonó en el informativo sufrir injustificadamente, y en el cual fundó su pedimento, no fue debidamente acreditado. Debiéndose entonces **CONFIRMAR** éste punto de decisión absolutoria proferida en primera instancia.

PAGO COMISIONES POR VENTAS

Solicita la parte demandante que si bien existían políticas de pago de comisiones de 90 días para el 100% del pago y 120 días para el 50% del pago, la demandante cambió de gerencia cuando cerró un negocio, y de ahí que no le hayan cancelado las comisiones de las ventas que la actora realizó, específicamente con los clientes COOPETROL y TECNOCOM, la cual se realizó para ser amparada por 120 días, tal y como quedó acreditado con los testimonios.

Frente al tema, el artículo 127 del CST, subrogado 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"*.

Resulta importante precisar que, para el caso en particular, es a la demandante a quien le corresponde la carga probatoria en aras de demostrar que en virtud de su actividad personal generó las comisiones que pretende sea condenada la demandada, así como el valor o porcentaje de ellas, esto, en armonía a lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."* En esas

condiciones, pasa el despacho a analizar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de las comisiones y por ende a la reliquidación de sus prestaciones sociales y vacaciones.

Así las cosas, la actividad para la cual fue contratada la demandante, fue para desempeñar el cargo de Consultor Intermedias, acordando un salario fijo mensual de \$2.715.600, más una remuneración variable consistente en una suma de dinero a liquidar y pagar, de acuerdo con el porcentaje de cumplimiento de la meta mensual establecida y convenida, la cual pagará con fundamento a lo previsto en el documento denominado "*Política de compensación para pago de porción variable*".

De acuerdo a lo anterior, a folios 253 a 2019 del expediente reposan documento de las Políticas de Venta Segmento Corporaciones, en el que se evidencia los requisitos de la "Identificación de oportunidades", "Protección de Negocios", "Migración de Cuentas" y "reasignaciones".

En ese sentido, a folio 287 del expediente se señala los requisitos para que opere la *protección de negocio*, en el evento que los Consultores hagan entrega del manejo de uno o varios Clientes a otro Consultores y tengan negociaciones en curso, manejándose así:

- *Los consultores que hacen entrega del manejo de uno a varios Clientes a otro Consultor y éstos a su vez tengan negociaciones (Excluyendo proyectos) en curso, estos les son protegidos por un periodo máximo de sesenta (60) días, es decir, durante este tiempo los negocios que estén pendientes por definir y/o se cierren le son contados para efectos de compensaciones y cumplimiento al consultor que entrega la cuenta. Así mismo, cualquier oportunidad que surja desde el día sesenta y uno (61) en adelante le cuenta al Consultor que recibe la cuenta".*
- *Los consultores que entregue o cedan el manejo de uno o varios Cliente a otro Consultor y éstos a su vez tengan Proyectos en curso, les son protegidos por un periodo máximo de noventa (90) días, es decir, durante este tiempo los negocios que estén pendientes por definir y/o se cierren le son contados para efectos de compensación y cumplimiento al Consultor que entrega la cuenta. Así mismo y para cuando aplique, cualquier oportunidad nueva que surja a partir del día noventa y uno (91), le cuenta al Consultar que recibe la cuenta.*
- Si el proyecto es definido por el Cliente entre el día noventa y uno (91) y el día ciento veinte (120), el pago de la comisión es aplicada así: 50% para el Consultor que entrega y 50% para el Consultor que recibe la cuenta"

Ahora bien, a folio 65 del expediente, obra comunicación de julio de 2014 mediante la cual el empleador le informa a la aquí demandante que debido al cambio de gerencia, le realizaron "*un cambio de asignación de cuentas el cual ya le fue notificado y del cual se le realizó entrega de la relación de los clientes junto con el recurrente de las mismos, este cambio de asignación de cuentas empezó a regir a*

partir del 1 de julio de 2014 y con el recurrente de esta cartera de clientes se procederá a realizar los cálculos del mantenimiento del recurrente”

Ahora, el recurrente señala que al momento de que se realizó el cambio del cargo, tenía unos proyectos a su cargo, los cuales estaban en proceso de cierre con COOPETROL y TECNOCOM.

Por su parte, la señora **Diana Ospina Salazar** señaló que la demandante inicio a atender los clientes COOPETROL y TECNOCOM y luego pasó a la Gerencia de Globales, por lo que la orden fue que la demandante tuvo que asignar esas cuentas; y en su momento, en la dinámica comercial tenían un periodo de protección de las cuentas, lo que quiere decir que cuando se fue a la otra gerencia, le dieron un periodo de gracia para atender los resultados del negocio, porque se supone que el negocio estaba presentado y debería salir, por lo que si el negocio salía en ese periodo de gracia, la demandante podía reclamar la comisión de venta, porque era el resultado de su operación; sin embargo, la demandante sin consentimiento siguió atendiendo al cliente y estaba tomando decisiones sin ser autorizada, además porque ya había otro consultor que estaba a cargo, la firma del contrato de concretó hasta enero del año siguiente, resaltando que las comisiones se originan al momento de firmar el contrato con el cliente, denominado proceso de digitalización, y en ese sentido, al superar el término de 90 días por parte de la demandante, no hubo lugar al pago de la comisión.

Por su parte, **WILSON TRIANA** indicó que para el año 2014, conoció de los casos que la demandante reclama, aseguró que no participó en los 3 casos porque su rol no era gerente de área, sino gerente de operación, pero conoció uno de los casos dado que le pidieron un concepto a nivel de la política, puntualmente fue el de COOPETROL, en el que Ángela hizo una venta a ese cliente, pero como ella estaba con el movimiento a otra gerencia, entonces la situación que se presentó de acuerdo a la política de ventas, es que cuando hay un cambio de cuentas de un consultor a otro existe una protección al negocio; si el consultor que venía trabajando, debía poner en contexto al nuevo consultor, y si esa negociación que venía de tiempo atrás se cerraba dentro de los 60 a 90 días siguientes le correspondía una comisión al anterior consultor, de los 90 a 120 era otra comisión, y de los 120 días en adelante era otro porcentaje; pero lo que sucedió en este negocio es que cuando se cierra el negocio ya había pasado este plazo, por eso ya no le debía corresponder a la actora lo de este negocio de COOPETROL, porque el pago de comisiones se basa estrictamente a las fechas y a las políticas de la Compañía. Indica que la protección de la venta cuenta a partir del momento en que se envía el negocio a otro consultor.

Marco Enrique Cortes manifestó que el negocio ingresó, y cuando se revisa la documentación y se cruzan la información se le indica que se manipuló las hojas que trae consigo la información, y como jefe directo de Luis Penagos los citaron, quien indicó que iba a renunciar por la manipulación del documento.

La representante legal señaló en su **interrogatorio de parte** que la señora Ángela Torres reportó más de 18 órdenes de trabajo con el cliente COOPETROL entre julio de 2014 y diciembre del mismo año, que en julio de 2014 la demandante cambió a otra gerencia, fue un cambio horizontal, que no tenía a su cargo esa cuenta, que el contrato con COOPETROL se legalizó en enero de 2015, y la política de protección,

como su nombre lo dice, protege a la persona que inició el negocio hasta máximo 3 meses, pero como el negocio se legalizó en enero de 2015 no se le pagó la comisión a la demandante, pero no sabe si Luis era el encargado de esa cuenta, sin embargo, que el contrato de COOPETROL lo cerró otra persona YEISI ALBA, por lo que infiere que debió habersele pagado a ella la comisión. Que no es cierto que Diana Ospina haya autorizado a Ángela para cerrar el negocio con COOPETROL, y al ponérsele de presente el documento visto a folios 13, manifestó que esa autorización no es para participar en el cierre sino de un incidente para una instalación.

La **demandante** por su parte adujo en su declaración que el cambio de gerencia no se dio de forma lineal, porque ella pasó a manejar los mejores clientes de la compañía; y si bien la cambiaron a la gerencia de cuentas globales, para esa fecha venía manejando las cuentas de COOPETROL y TECNOCOM, pero CODESS no lo venía manejando. En el grupo que ella estaba con Diana, ella tenía las mejores cuentas, porque era la mejor consultora de ese grupo, entonces no iba aceptar un movimiento a otra gerencia sin que hubiera algo que ganara, que hiciera que la motivara; Hasta el 21 de julio la demandante podía decir qué clientes iba a proteger, por los 120 días, después de esos 120 días le sale un negocio, se necesitaba la autorización del gerente. El cliente tenía tres NIT, dos eran nuevos, uno ya estaba asignado con pymes, como tenía tres NIT acudió a Diana para que lo autorizara, eso lo hizo por la agilidad y la rapidez con que el cliente necesitaba el servicio.

De otra parte, obra a folios 472 y 561 al 536 del expediente en el que se observa que hasta el 26 de marzo de 2015, la empresa demandada y TECNOCOM Colombia Ltda. celebraron la contratación de la prestación de los servicios; a folio 500 a 542 del expediente obra orden de servicio del 18 de noviembre de 2014 y 9 de enero de 2015 con el Cliente COOPETROL.

En ese sentido, conforme al material probatorio arrimada al proceso, se puede colegir que aunque la demandante ÁNGELA PATRICIA TORRES, luego de haber sido trasladada de gerencia e informarse de las condiciones del cambio de asignación de las cuentas, a partir del 1 de julio de 2014, no cumplió con los tiempos durante los cuales operaba la Protección de Negocios, es decir, dentro del término de 60 a 120 días, según las condiciones indicadas en la Política de Venta Segmento Corporaciones a folio 287 del expediente.

Lo anterior por cuanto a que, tanto las negociaciones con COOPETROL y TECNOCOM superaron el término, pues el cierre de venta debía ser efectuada antes del 1 de noviembre de 2014, situación que no aconteció, pues de las documentales aportadas al plenario, en especial los Checklist de contratos ya anotadas, deja en evidencia que con relación a la contratación con TECNOCOM COLOMBIA LTDA operó el 26 de marzo de 2015 (folios 472 y 561 al 536); el 18 de noviembre de 2014 y 9 de enero de 2015 con el Cliente COOPETROL (folio 500 a 542).

Ha de tenerse en cuenta que una de las responsabilidades del Consultor Comercial es la de que *"al momento del cierre de la venta, asegurar que los documentos (Check List de Contratos, Contrato y/o AOS, etc.) soportes, se encuentren completos y firmados en original para que sean reconocidos como parte de su*

cumplimiento y posterior liquidación de comisiones." (Folios 266 y 267), lo que vino a suceder únicamente en las fechas antes dichas.

Lo anterior, permite concluir que la demandante debía cumplir la condición impuesta por el empleador para ser acreedora de la comisión que reclama, lo cual debía acontecer antes del 1 de noviembre de 2014. Ahora, aunque obra correo electrónico del 20 de enero de 2015 el cual es dirigido a la demandante por Wilson Triana Martínez y en el que manifiesta que la demandante tiene derecho a la comisión por la venta con el cliente COOPETROL, dado que *"La venta de Ángela cuenta 50% para José Luis Almenares y 50% para Ángela Torres, teniendo en cuenta que ésta fue reportada al área de Soporte Comercial el día 19 de noviembre por valor de \$22.000.000"* (folio 37 y 38), lo cierto es que no se puede desconocer el correo electrónico del 30 de enero de 2015, mediante el cual la señora Alejandra Ordoñez Ospina informó a la demandante y a Wilson Triana Martínez que como quiera que hasta el *"9 de enero la consultora Yeisy Alba ingresa al área de Soporte Comercial los documentos soporte de venta (Check List, Contrato, AOS, etc.), con lo cual se legaliza la venta. De acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta que la venta fue LEGALIZADA por Yeisy Alba pasados los 120 días de protección, la venta le cuenta a YEISY ALBA"* (FOLIOS 43 Y 44).

Teniendo en cuenta lo anterior, para que la demandante fuera acreedora de la comisión que reclama debía finiquitar con los negocios antes del 1 de noviembre de 2014, y como quiera que quedó acreditado que los negocios fueron firmados y cerrados con TECNOCOM COLOMBIA LTDA operó el 26 de marzo de 2015 (folios 472 y 561 al 536); el 18 de noviembre de 2014 y 9 de enero de 2015 con el Cliente COOPETROL (folio 500 a 542).

Aclarado lo anterior, es suficiente para concluir que la sociedad demandada no tenía la obligación de reconocerle la comisión por ventas a la demandante, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** éste punto de decisión absolutorio de primera instancia.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Solicita la parte demandante que se condene a la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que dentro del plenario no se acreditan incumplimientos de las funciones desarrolladas por la demandante, por lo que no hay que dar por demostrada la falta supuestamente comita por la actora, pues con autorización previa del cliente cambió la carátula, lo que no quiere decir que haya habido una manipulación del contrato, como lo hace parecer la demandada, resaltando que el cambio de una empresa por otra tenía como fin darle una mayor agilidad y mejor servicio a la solicitud del cliente, no debe tomarse como un incumplimiento en las obligaciones de la ex trabajadora.

Pues bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en

una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

En primer lugar, se encuentra acreditado conforme a los medios de prueba allegados al plenario, que en efecto el empleador dio por terminado en forma unilateral el contrato de trabajo, tal como da cuenta la carta a folios 180 y 181 del expediente. De modo que, se traslada para la demandada acreditar que la terminación obedeció a una justa causa.

En tal sentido, se evidencia que en la carta de terminación que data del 20 de febrero de 2015, en la que se indica:

“Respetado señor:

Me permito informarle la decisión de la Compañía de terminar su contrato de trabajo, de forma unilateral y con justa causa, a partir de la finalización de la jornada laboral del día 20 de febrero de dos mil quince (2015), con fundamento en los siguientes hechos:

- 1. La compañía tuvo conocimiento mediante documento fechado del 3 de diciembre de 2014, que se legalizó la venta de servicios para el cliente “Consortio para prestación de Servicios en Salud Ocupacional para Positiva ARP CODESS/COMPENSAR SALUD OCUPACIONAL”, la cual fue firmada sin encontrarse los descuento autorizados por el área encargada.*
- 2. Debido a lo anterior, la Compañía citó a rendir diligencia de descargos el día 23 de diciembre de 2014 y ampliación de la misma el día 27 de enero de 2015, oportunidades en las que se le pusieron de presente los hechos antes mencionados y usted se manifestó al respecto, ejerciendo su derecho de defensa y al debido proceso.*
- 3. Como resultado de la diligencia de descargos que le fue practicada, se evidenció su responsabilidad en los siguientes términos:*
 - a. Dentro de la referida diligencia, usted manifestó haber sido capacitada en sus funciones y en el Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía, así como el conocer las políticas del segmento corporaciones del cual hace parte.*
 - b. En primer lugar, se le puso de presente que usted había mencionado que el cliente había puesto como condición para otorgar el negocio a Claro que se le otorgara descuento de 2 años con firma a 1 año, ante lo cual se le cuestionó si tenía autorización para otorgar dicho descuento al cliente, a lo que usted manifestó: “según el manual de tarifas el consultor puede ofrecer hasta el 10% de descuentos por contratos otorgados a un año, teniendo en cuenta que la decisión de la propuesta dependía de un 5% adicional, es decir un 15% de descuento en total, y teniendo en cuenta el monto del negocio y que era totalmente factible ese descuento, se le informo al cliente que cerramos la negociación y que yo solicitaba el descuento. Luego se solicita el descuento ante la gerencia y la venta no se ingresa hasta que este descuento no es otorgado”, manifestación que no es de recibo, en la medida en que usted negoció una venta con un descuento que no le había sido autorizado por parte del área competente, siendo tal compromiso contrario a las políticas S1.1.6-M01, el manual de tarifas y procedimientos dictados por la compañía para el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, pues si bien usted*

manifestó que la venta no había sido ingresada hasta el otorgamiento del descuento, su proceder comprometió a la Empresa con el cliente, denotando ello una conducta negligente e indisciplinada de las directrices impartidas por Telmex Colombia S.A. y evidenciando con la misma que usted no cuenta con la diligencia requerida por el cargo que ocupa.

- c. En ese sentido, le fue cuestionado si reconocía según lo que había mencionado que había firmado los documentos de una venta sin la autorización de descuento respectiva, siendo su respuesta: "teniendo en cuenta que es un descuento normalmente otorgado en estos casos por el monto del negocio, pero la venta no se ingresó hasta que el descuento fue otorgado", respuesta que no la exime de responsabilidad por la situación presentada, pues no existía certeza alguna de la autorización de descuento, aunado al hecho que sin encontrarse facultada para ello comprometió a la Compañía a conceder el referido descuento al cliente, proceder que resulta arbitrario e irregular, además de denotar su actuación apática y desobediente de cara al cumplimiento de las obligaciones a las que se comprometió en su contrato de trabajo.
- d. Profundizando en lo anterior, le fue preguntado si había firmado documentos de venta sin la autorización de descuento respectiva, a lo que usted contestó de manera afirmativa, estando tal actuación proscrita al interior de la Compañía, en la medida que los descuentos a efectuar a los clientes deben autorizarse de manera previa a su presentación, todo ello con la finalidad de no comprometer a la empresa a conceder descuentos que resulten perjudiciales a sus finanzas, así como e evitar afectaciones a su imagen y buen nombre, razón por la cual su proceder no es aceptable y pone de presente una vez más que usted actuó de manera arbitraria, irregular, negligente e indisciplinada en contravía de los intereses de Telmex Colombia S.A.
- e. Así mismo, se le cuestionó si reconocía que al firmar los documentos con el cliente sin la autorización expresa y respectiva del descuento usted estaba faltando a las políticas y procedimientos de legalización de ventas de la Compañía, siendo su respuesta en sentido negativa, manifestación que no es de recibo, en tanto usted evidentemente contrario las referidas directrices, las cuales usted manifestó conocer al inicio de la diligencia de descargos, siendo su proceder altamente reprochable y denotando el mismo que usted no cuenta con el mínimo de diligencia exigido por el cargo.
- f. Haciendo énfasis en la situación presentada, se le preguntó si reconocía que de no haber autorizado dicho descuento, se le habrían generado falsas expectativas al cliente con respecto a las tarifas del servicio prestado por la compañía, a lo que usted se manifestó de forma negativa, siendo tal situación alejada de la realidad, pues como se ha reiterado en múltiples oportunidades, el hecho de haberse autorizado el descuento ofrecido al cliente habría repercutido negativamente en la imagen y buen nombre de la compañía, siendo su proceder inaceptable y denotando el mismo su comportamiento negligente y desobediente de las directrices impartidas por la Empresa.
- g. En la respuesta que usted da a la pregunta 13 del cuestionario realizado en la diligencia de descargos que usted realiza la siguiente aseveración "le entrego el contrato con la primera hoja cambiada, de acuerdo a a autorización del cliente, sin embargo, esta hoja no tuvo validez porque era de MPLS y no de internet dedicado y la información de la parte de abajo era de otro cliente, por

lo anterior SOAV, devolvió el contrato al consultor LUIS PENAGOS". Lo anterior evidencia que usted en una actitud contraria a las políticas de compañía y poniendo en riesgo los intereses de la misma, manipulo los documentos firmados inicialmente por el representante legal del cliente, ya que altero la hoja principal del contrato y aunque la misma no fue utilizada, se detecta que usted ha incurrido en una práctica prohibida por la compañía. Esta situación pone en grave riesgo los intereses de la compañía ya que un documento inicialmente firmado por el representante legal de nuestro cliente fue modificado y adulterado en su integridad sin que este lo hubiere autorizado expresamente. Además de que siendo su obligación haber hecho firmar nuevamente los documentos con los datos del cliente CONSORCIO PARA PRESTACIONES DE SERVICIOS DE SALUD OCUPACIONAL PARA POSITIVA ARP CODESS/COMPENSAR SALUD OCUPACIONAL y no CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

En líneas con los hechos descritos, es preciso mencionar, que este tipo de conductas son inaceptables para la empresa ya que siendo usted una trabajadora que conoce los procedimientos y las obligaciones laborales que debe cumplir, tal y como lo manifestó en la diligencia de descargos, usted los vulnera en perjuicio de Telmex Colombia S.A. siendo tal conducta evidencia de que usted no cuenta con la diligencia necesaria que el cargo que ocupa requiere, además que no tiene interés en dar cabal cumplimiento a las obligaciones que emanan de su contrato de trabajo.

De conformidad con los hechos anteriormente señalados, la compañía ha perdido la confianza depositada en usted, y haciendo uso de las facultades que la Ley le otorga, ha decidió dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con lo preceptuado por el numeral 2, 4 y 6 del artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los numerales 1 y 5 del artículo 58 del mismo código. También se evidencia el incumplimiento de su parte del artículo 44 del Reglamento Interno de trabajo numeral 1, que dice que usted debe realizar personalmente la labor en los términos estipulados, obsérvese los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta TELMEX COLOMBIA S.A. o sus representantes según el orden jerárquico establecido

Sin embargo previo a verificar la existencia de una justa causa, se entra a revisar lo concerniente al proceso que se adelantó para la comprobación de la falta endilgada a la demandante, respecto al debido proceso, el art. 115 del C.S.T. indica: <Artículo modificado por el artículo 10 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Antes de aplicarse una sanción disciplinaria al <sic> {empleador}, debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite.

Ahora el artículo 65 del Reglamento Interno de trabajo, que se encuentra a folios 221 a 252, en sus artículos 51 y 52 señala: Artículo 51: Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, la empresa deberá oír al trabajador inculpado directamente y si esta es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la

organización sindical a que pertenezca. En todo caso se dejara constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva (artículo 115 CST). Artículo 52: No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo (artículo 115 CST).

Al respecto, debe indicarse que en el presente asunto, no se evidencia que se haya vulnerado el debido proceso a la demandante, pues a folio 68 a 73 se observa que la empresa demandada realizó diligencia de descargos a la demandante los días 23 de diciembre de 2014 y 27 de enero de 2015 a efectos de que ejerciera su derecho de defensa, en salvaguarda del debido proceso.

Así las cosas, de acuerdo al contenido de la Carta de Terminación da cuenta que la causal en que motivó la convocada TELMEX su decisión para dar por terminado el contrato de trabajo fue el haber ofrecido un descuento superior al establecido en la POLÍTICA DE VENTAS y manipulado documentos firmados por uno de los clientes de la sociedad demandada, señalando que se configuraban las causales consagradas en los numerales 2, 4 y 6 del artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los numerales 1 y 5 del artículo 58 del mismo código.

ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.

Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. *Son obligaciones especiales del trabajador:*

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.

Procede el despacho a establecer si se dio la justa causa para que se configurara la terminación de la relación laboral, así las cosas, se tiene que conforme con la cláusula 7 del contrato de trabajo visto a folios 172 a 175, son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato, además de las previstas en el artículo

7 del Decreto 2351 de 1965, la comisión de una cualquiera de las siguientes faltas que desde ahora las partes califican como graves a) la violación por parte del EMPLEADO de una cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales, o reglamentarias.

A folios 221 a 252, se encuentra el Reglamento Interno De Trabajo el que señala en su artículo 44, son obligaciones especiales del trabajador: 5. *Comunicar oportunamente a TELMEX COLOMBIA S.A. las observaciones que estime conducentes para evitar daños y perjuicios, así como cualquier acto inmoral o de mala fe que afecte a TELMEX COLOMBIA S.A., 13. Realizar sus funciones teniendo en cuenta los procedimientos y normas establecidos por TELMEX COLOMBIA S.A., 15. Manejar adecuadamente la información contenida y que deba ingresarse en las cuentas de los suscriptores, con el fin de no afectar las mismas, perjudicando al cliente y la imagen de la compañía, 34. Evitar en todo caso conductas que atenten contra el buen nombre de la empresa o sus bienes.*

También, se encuentra a folios 254 a 291 POLÍTICA DE VENTAS SEGMENTO CORPORACIONES, la que en su sección denominada RESPONSABILIDADES DE LAS ÁREAS – RESPONSABILIDAD DEL CONSULTOR COMERCIAL: *Asegurar la calidad de información de sus clientes en todos los sistemas de información que disponga la compañía (nombre y teléfonos de contactos comerciales, razón social actualizada, etc.); construir y garantizar que la oferta comercial cumpla con las necesidades y especificaciones técnicas y/o económicas dadas por el cliente. Una vez presentada la oferta comercial y el cliente solicite modificaciones legales, descuentos adicionales o una nueva reevaluación del área de consultoría y diseño, será responsabilidad del consultor comercial asegurar que los cambios y objeciones presentadas por el cliente, se realicen con base en el procedimiento definido para tal fin; En el momento del cierre de la venta, asegurar que los documentos Check list de contratos, Contrato y/o AOS, etc) soportes se encuentren completos y firmados en original para que sean reconocidos como parte de su cumplimiento y posterior liquidación de comisiones. El detalle de estas políticas y tiempos establecidos, se relaciona en el procedimiento definido para tal fin.*

En ese orden, la señora **Diana Ospina Salazar** manifestó que la demandante sin consentimiento estaba atendiendo al cliente CODESS, indicó también que esa empresa tiene tres NIT, que una estaba en Pymes, la cual tiene que tener una autorización expresa para su atención, sin embargo la demandante le pidió autorización para atender una empresa de su Gerencia, porque ya tenía el contrato firmado, por lo que le autorizó un 80/20 de porcentaje de comisión, a lo que respondió que era injusto; pero el negocio lo habían entrado por otro NIT el cual no era de la gerencia que la señora Diana Ospina manejaba y el cliente no había firmado otro contrato; por lo cual la demandante se vio envuelta en un tema de manipulación de contrato, pues señaló que tanto ÁNGELA PATRICIA como LUIS PENAGOS habían manipulado el AOS aplicando liquidpepper al NIT y nombre del cliente, posteriormente al 3 de diciembre, el cliente estaba solicitando descuentos adicionales que no habían sido autorizados en ese momento; por lo que el director comercial autorizó el descuento pero solo por no perjudicar al cliente y a la Compañía.

De otro lado, **Marco Enrique Cortes** indicó que Ángela estaba en otra gerencia, un consultor de la gerencia del testigo tenía a cargo CODESS, el consultor se llamaba

Luis Penagos, y ÁNGELA tenía a cargo de otra empresa que hacía casi lo mismo de CODESS, Luis le dijo que había un proyecto en CODESS pero que ÁNGELA tenía los contactos y que por eso lo iba a ingresar e iba a compartir la comisión, se ingresó el negocio, por eso cuando pasa a inteligencia comercial, que es la que revisa que no esté en la lista Clinton, que no esté reportada la empresa, detectan que hay algo diferente entre quien firma el contrato y la empresa que estaban reportando, cuando eso pasa, se dirige Luis Penagos y le dice que el contrato se le manipuló la primera hoja por lo que corrigieron en otra, y esto ya fue escalado y se lo contó porque no quería que nadie más le contara; que el director de relaciones laborales, lo citó como el jefe inmediato de Luis Penagos, y le puso sobre la mesa el contrato, y le dijo que si era consciente de lo que habían hecho y entonces Luis dijo que todo había sido iniciativa de Ángela, y la persona de relaciones laborales le dijo *usted sabe que tiene que hacer ahora* y ahí Luis manifestó que iba a renunciar porque no quería que lo despidieran. Que no se dio cuenta en el trámite de ingreso del proyecto, luego fue el área inteligencia comercial, que se encarga de revisar el cliente, el mismo Luis le contó que había modificado una hoja, el contrato tiene la caratula y como en la tercera hoja es donde el representante legal firma, entonces cambiaron uno de los anexos, que dice la parte técnica, habían adicionado un nombre, una cosa es hecho en computador y lo otro en una máquina de escribir, que fue lo que hicieron en el anexo; Luis dijo que había sido iniciativa de Ángela, que el señor Mario Cuartas tenía los documentos sobre la mesa y le dijo porque está aquí, Luis dijo, que le pareció fácil porque Ángela le dijo que lo podía hacer así, Luis lloraba en ese momento y que lo motivó a hacer eso porque Ángela le sugirió el cambio para poder tener una participación en lo que Luis pudiera recaudar por esa venta; Luis le manifestó quien hizo la adulteración, según Luis todo fue por la demandante, el testigo nunca habló con Ángela al respecto. En el contrato no decía como se iba a compartir la comisión, pero si había una hoja con el check list, donde si decía el porcentaje.

Finalmente, la demandante adujo en su declaración que el cliente CODESS lo asumió, cuando el cliente estaba en otra áreas, el cliente tenía 3 NIT, dos eran nuevos 1 ya estaba asignado, como tenía 3 NIT, 1 ya estaba asignado con pymes, por eso acudió a Diana para que lo autorizara, eso lo hizo por la agilidad y la rapidez con que el cliente necesitaba el servicio. Indicó que no realizó algún tipo de manipulación, sin embargo en el contrato de CODESS ella llegó a un acuerdo con Luis Penagos, ella estaba en Cartagena porque se gana todas las convenciones por buena comercial, y le propuso el 50 / 50, y por eso los dos estuvieron pendientes de la venta.

Por otro lado a folios 292 a 295 se encuentra ACTA DE DESCARGOS A LUIS ARTURO PENAGOS, en la que manifiesta que no tenía claro que al sobreponer un nombre sobre el formato original que ya había firmado el cliente lo convierte en un formato enmendado, quitándole validez, que por el contrario, partía de la buena fe de la demandante que el cliente había aceptado tal modificación y por eso, procedió a completar el AOS que se encontraba incompleto en la razón social el 9 de diciembre. Indicó además que, a pesar de enviar los documentos correspondientes al consorcio no hizo firmar de nuevo el AOS ni el contrato porque asume que fue por premura del tiempo, porque ya llevaba mucho tiempo la negociación y no se había generado orden de trabajo.

Conforme a ello, lo primero que debe anotarse, es que del material probatorio aportado, en especial de los descargos realizados a LUIS PENAGOS y a la

demandante y de lo dicho por los testigos DIANA OSPINA, WILSON TRIANA Y MARCOS CORTES, se establece que efectivamente a la demandante le fue endilgada de manipular documentación respecto al cliente CODESS, con el fin de concretar un contrato, y por otro lado, que la misma estaba manejando un cliente sin autorización de la gerente de esa cuenta.

De acuerdo con lo anterior, se tiene por acreditado por parte de la empresa demandada el incumplimiento de las obligaciones de la ex trabajadora ANGELA PATRICIA TORRES, toda vez que se acreditó que firmó un negocio con el cliente CODESS un descuento por 2 años, estando autorizada solo para realizarlo por 1 año, conforme en la respuesta 13 del Acta de Descargo del 23 de diciembre de 2014 (fl. 69), situación que fue confirmada en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, quien indicó que el descuento fue otorgado a CODESS, según la tarifa de descuento, y la gerencia autoriza si es viable el descuento, sin embargo la venta no ingresa sin solicitar el descuento. De otro lado, respecto de la manipulación a algún documento en el contrato de CODESS, indicó que había llegado a un acuerdo con Luis Penagos, porque se encontraba en Cartagena, ya que se ganaba todas las convenciones por buena comercial, y le propuso a Luis el 50/50, y es por eso que ambos estuvieron pendientes del negocio. Que el cliente empezó a presionarlos, por lo que Luis puso en el AOS otro NIT.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda acreditado que la demandante si mantuvo negociaciones con el cliente CODESS sobre descuentos superiores al 10% que se asignaba por firmar contratos a 1 año, en igual sentido que aunque ella no manipulara el cambio de NIT del cliente, si tenía conocimiento que se hizo, por que como señala en su interrogatorio lo hizo LUIS PENAGOS, quedando acreditada de esta manera las causales expuesta por TELMEX COLOMBIA S.A. en su carta de despido, en concordancia con las casuales que la ley estableció en el artículo 62 del CST, numerales 4 y 6, y el incumplimiento a la política de ventas que tiene TELMEX COLOMBIA para sus CONSULTORES COMERCIALES.

Así las cosas, la convocada a juicio probó que la demandante incumplió el Reglamento de Trabajo frente a las obligaciones especiales contenidas en el numeral 5, 15, 34 del Art. 44, pues no comunicó a TELMEX COLOMBIA S.A. la negociación que realizó con el cliente CODESS para firmar el descuento por 2 años, tampoco la manipulación del contrato que realizó el señor LUIS PENAGOS, pues aunque no aceptó que la actora realizó tal manipulación, aceptó que conocía que Luis realizó manipulaciones al contrato suscrito con CODESS y no dio a conocer dicha situación a la empresa, configurándose de ésta manera la justa causa invocada por la empresa demandada, despachando de éste modo los argumentos expuestos por el recurrente.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

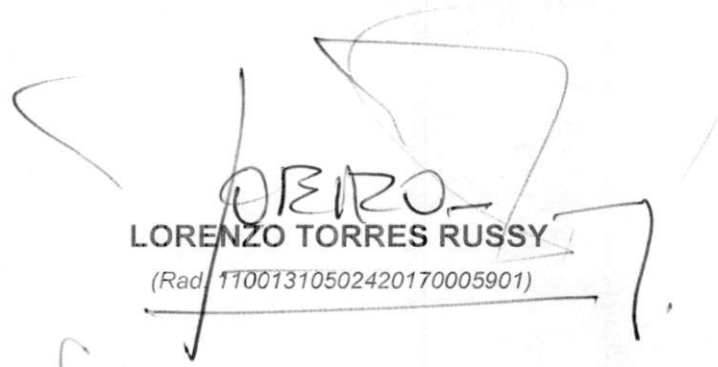
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502420170005901)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310502420170005901)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310502420170005901)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2016-00630-01

Bogotá D.C., octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: DIANA CONSUELO MORA NIVIAYO
DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO
OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA – EN
REORGANIZACIÓN
COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA –
CONFIANZA SA
LIBERTY SEGUROS SA (Llamamiento en garantía)
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDANTE, OPTIMIZAR Y
CONFIANZA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Optimizar y Confianza en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del Fondo Nacional del Ahorro (folios 410 a 412), así como Optimizar (folio 406 y 407) y Liberty Seguros (folios 415 a 416) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) DIANA CONSUELO MORA NIBIAYO instauró demanda ordinaria laboral contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA – EN REORGANIZACIÓN, debidamente sustentada como

aparece a folios 3 y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar que la EST OPTIMIZAR y el FNA son deudores solidariamente de las acreencias laborales que dicha empresa dejó de cancelar.
- Como consecuencia de la solidaridad, que el FNA reconozca y pague los salarios dejados de pagar a la demandante.
- Como consecuencia de la solidaridad, que el FNA reconozca y pague las cesantías dejadas de pagar a la demandante.
- Como consecuencia de esta solidaridad, que el FNA reconozca y pague los intereses sobre las cesantías dejados de pagar a la demandante.
- Como consecuencia de esta solidaridad, que el FNA reconozca y pague las primas de servicio dejados de pagar a la demandante.
- Que se paguen las vacaciones causadas por la relación laboral.
- Teniendo en cuenta que la relación laboral con Optimizar fue ficticia, y la verdadera relación laboral se generó con el FNA, solicita se pague el despido sin justa causa, pues no existió causa legal o justificada para dar por terminado el contrato, pues las actividades que se desempeñaron allá son de giro ordinario de la entidad.
- La indemnización moratoria, tomando en cuenta para ello la fecha de terminación del contrato y la fecha en que real y efectivamente se cancelan las acreencias laborales a que haya lugar.
- Sanción por la no consignación de las cesantías.
- Todas las sumas que sean reconocidas, deberán ser indexadas e incluir los intereses a que haya lugar, por razón de la demora en el pago de las obligaciones correspondientes, a cargo de esa entidad.
- Costas procesales.

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO contestó la demanda (fls. 43 a 52), así como OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL (fls. 149 a 152), de acuerdo al auto visible a folio 165. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 13 de junio de 2018, se admitió el llamamiento en garantía a LIBERTY SEGUROS SA, invocado por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (fl. 169).

LIBERTY SEGUROS SA contestó la demanda y el llamamiento en garantía (fls. 174 a 262 y 266 a 268), de acuerdo al auto visible a folio 270. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 15 de mayo de 2019 se ordenó la vinculación al contradictorio a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA – CONFIANZA SA, en calidad de demandada (fl. 270 a 272).

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA – CONFIANZA SA contestó la demanda y el llamamiento en garantía (fls. 289 a 300), de acuerdo al auto visible a folio 355 y 356. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 4 de febrero de 2020, **DECLARÓ** la existencia un contrato de trabajo entre la demandada **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES** y **DIANA CONSUELO MORA** desde el 13 de febrero 2015 hasta el 30 de septiembre 2015. **CONDENÓ** a optimizar al pago de la sanción moratoria liquidada en la parte considerativa esto es en la suma de \$31.203.333 pesos. **CONDENÓ** a la aseguradora confianza al pago de la suma a la que se trata el numeral anterior, en virtud de la póliza de l07987 con vigencia entre el 1° de enero de 2015 al 1° de enero 2016 y hasta el monto máximo de éstas, advirtiendo que en caso de no tener los fondos suficientes para cumplir la obligación le corresponderá a la demandada **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES** asumir la deuda. **ABSOLVIÓ** al fondo Nacional del ahorro de las pretensiones incoadas y por ende también a la aseguradora Liberty Seguros. **COSTAS** a cargo de la parte demandada **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES**, a favor de la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 y condenar en costas a la demandante a favor del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$750.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA: Solicita se modifique la sentencia proferida en primera instancia, en lo que tiene que ver con la fecha final de la sanción hasta el pago de la liquidación, esto es en marzo de 2018 y no hasta el 2016, pues si bien se inicia un proceso concordato o liquidación de la empresa, esto no tiene porqué soportarlo la demandante, en ese orden de ideas, debe liquidarse la indemnización moratoria hasta que se hizo efectivo el pago de la indemnización moratoria.

INDEXACIÓN: Señala que el Juez de instancia no se pronunció respecto de la indexación de las sumas condenadas, teniendo en cuenta que dichos valores serían de hace tres o cuatro años,

SOLIDARIDAD: Indica que si bien el Juzgado señala que se constituyó una póliza, y que el Fondo no salió de las normas legales, tal dicho no es tan cierto, pues las demandadas son las que tienen la carga de probar que existía uno de los tres elementos con los cuales podían contratar empresas de servicios temporales, y en ningún lado lo aportaron, son ellos, los que deben probar eso, no el trabajador, por lo que en realidad se salieron de la Ley e hicieron uso de una empresa de servicios temporales sin contar con las tres razones por las cuales se puede contratar, sin que estuviera acreditado el supuesto aumento de producción, pues tal suposición no esta acreditada, por lo que de conformidad con el Código Sustantivo de Trabajo, si las actividades que desarrolla una persona en la empresa beneficiaria o usuaria son del giro ordinario de esa empresa se configura la solidaridad, máxime si se tiene en cuenta que la demandante entró como 'analista de crédito', actividad propia

del Fondo Nacional del Ahorro, por lo que debe ordenarse la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro respecto de Optimizar.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Señala que no se acreditó que la obra o labor efectivamente hubiera terminado, pues al ser las labores esenciales del Fondo la obra continua permanentemente, pues los estudios financieros de los préstamos hipotecarios no van a parar, por lo que estaríamos frente a una tercerización, tratando de ocultar una empresa que fraudulentamente dejó a todos sus trabajadores sin derechos laborales.

La parte demandada (**OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA**) presentó recurso de apelación:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA: Señala que, tal y como quedó acreditado, se canceló a la demandante las prestaciones sociales que tenía derecho a la terminación del contrato laboral, en cumplimiento a la afectación de las pólizas DL 8987 ordenado por el Ministerio de Trabajo, según Resoluciones 3863 de 2016 y 922 de 2017, reiterando que siempre actuó de buena fe, y no realizó el pago al momento de la terminación del contrato, dada la existencia de prohibición, toda vez que el Juez de concurso de la Superintendencia de Sociedades resolvió dar por terminado el proceso de reorganización y decretó el inicio de la liquidación, y en términos de la Ley 1116 de 2006, para el momento en que una empresa entra en reorganización, se restringe la movilidad del patrimonio, por lo que no resulta ser un capricho de la entidad que está en reorganización el pago o no de prestaciones sociales, quedando demostrada desde la contestación de la demanda que el 15 de febrero de 2016 entró en reorganización, y que la misma quedó en estado de insolvencia de liquidación judicial, conforme el certificado de existencia y representación legal. En el evento en que se confirme la sanción, solicita extender el extremo final de la misma la fecha en que entró en reorganización, esto es, 15 de febrero de 2016.

La parte demandada (**COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA – CONFIANZA SA**)

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: En el presente caso, el término trienal para el trabajador en misión, beneficiario de la póliza, empezó a partir de la fecha de terminación de su contrato laboral, o en el escenario de la Resolución que expide el Ministerio declarando el siniestro y ordenando afectar las pólizas, resaltando que en éste tipo de pólizas el procedimiento es especial para lograr su aceptación, y es únicamente ante el Ministerio del Trabajo, en ese orden, el contrato de trabajo finalizó el 30 de septiembre de 2015 con Optimizar Empresa de Servicios Temporales, y en ese sentido el trabajador contaba con 2 años para hacer efectiva las pólizas a su favor ante el Ministerio, lo que quiere decir que contaba hasta el 30 de septiembre de 2017, y si bien la demandante inició dentro de los dos años la reclamación ante el Ministerio, y producto de ello se profirió la Resolución No. 03863 del 30 de diciembre de 2016. Por otro lado, Confianza SA se notificó del auto que admitió la vinculación del presente proceso como demandada de manera oficiosa y no por ser demandada de la misma actora que es la beneficiaria

de la póliza del 11 de julio de 2019, esto quiere decir que pasados dos años y 7 meses de la declaratoria del siniestro mediante Resolución adicional, reiterando que la vigencia de las pólizas cuya afectación ordenó el Ministerio, la 24DL007887 del 21 de enero de 2015 al 1 de enero de 2016 y el 24DL008460 el 1 de enero de 2016 al 1 de enero de 2017, y teniendo en cuenta que Confianza fue notificada hasta el 11 de julio de 2019 con el auto que la vincula al presente procesa, se encuentra superado ampliamente el término prescriptivo de las acciones derivadas del contrato de seguro.

FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA: Señala que no se hizo estudio sobre la falta de legitimación de la causa propuesta por Confianza SA, teniendo en cuenta que la misma fue vinculada al presente proceso en calidad de demandada, sin haber tenido ningún tipo de relación laboral con la demandante, no obstante, al revisar los hechos de la demanda, se puede observar que la actora trabajó para el Fondo Nacional del Ahorro mediante vinculación indirecta con la empresa Optimizar Servicios Temporales, lo cual ha sido probado dentro de éste proceso, por otro lado, obra en el proceso copia de las Resoluciones proferidas por el Ministerio que ordena la afectación de las pólizas por haber entrado Confianza en reorganización para su posterior liquidación, y por lo tanto se ordenó el pago de las acreencias laborales a los trabajadores de dicha empresa y en ese orden, Confianza procedió al pago de las liquidaciones efectuadas por el liquidador y agente del Ministerio del Trabajo, cumpliendo la orden dada por el Ministerio, por lo tanto no era procedente hacer el llamado a Confianza al presente proceso.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA: Manifiesta su desacuerdo respecto de las fechas en que se ordenó el pago de la sanción moratoria, teniendo en cuenta que según la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 15 de febrero de 2016 decidió admitir a la sociedad Optimizar Servicios Temporales en proceso de reorganización, conforme la Ley 1116 de 2006 y en dicho auto se indica que se encontraba limitada para hacer pagos relacionados con sus obligaciones, lo cual guarda consonancia con el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, y prescribe que a partir de la presentación de la solicitud se prohíbe a los administrador la opción de reformas estatutarias y efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si el FONDO NACIONAL DEL AHORRO es solidariamente responsable de las condenas impuestas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, como beneficiaria del servicios de los demandantes, en labores de carácter no temporal

sino permanente. 2. Si hay lugar a la a limitar la imposición de la sanción moratoria condenada al momento de la entregada en reorganización de la empresa de servicios temporales. 3. Indexación. 4. Falta de legitimación en la causa por pasiva de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A; 5. Sí el contrato de trabajo suscrito por la demandante se dio por terminado sin justa causa. 6. Excepción de prescripción

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No fue objeto de discusión entre las partes ni de inconformidad en el recurso de apelación, la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor entre la señora DIANA CONSUELO MORA NIVIAYO, como trabajadora en misión y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, por el periodo comprendidos entre el 13 de febrero de 2015 al 30 de septiembre de 2015.

DE LA SOLIDARIDAD DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO

La demandante solicitó de forma principal se declarara la existencia de un vínculo laboral con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como beneficiaria de los servicios del demandante solidariamente responsable en el pago de las acreencias e indemnizaciones reclamadas, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 34 del CST

Así mismo, como fundamento de su recurso de apelación indicó que la demandante había prestado su servicio al Fondo Nacional del Ahorro, como trabajadora en misión, pero no para desarrollar actividades temporales como lo indicaba la ley, sino permanentes por la falta de ampliación de la planta de personal y con el fin de cumplir su objeto social, por lo que debía considerarse como responsable solidaria de las codenas impuestas.

Frente a la solidaridad reclamada consagrada en el artículo 34 del CST, según la cual el beneficiario del trabajo o dueño de la obra puede responder por los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores vinculados laboralmente con el contratista independiente, salvo cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio. Así mismo, para su declaratoria no basta que la actividad desarrollada por el contratista independiente, cubra una necesidad propia del beneficiario, sino que además resulta necesario que las labores estén directamente vinculadas con su explotación o actividad económica, esto es, que se trata de una función normalmente desarrollada por el contratante e inherente a la actividad de la empresa beneficiaria o dueña de la obra. Posición que fue reiterada en sentencia reciente SL869-2019 Radicación n. °56394 del 13 de marzo de 2019.

Para el caso particular se tiene que OPTIMIZAR EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES SA y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, suscribieron los Contratos No. 275 del 26 de noviembre de 2014 y 147 del 1 de julio de 2015 (fls. 202 y ss.), cuyo objeto de forma general recaía en la prestación del servicio de suministro de personal en misión para satisfacer el crecimiento y expansión del FNA.

No obstante, la juez de instancia declaró la existencia del contrato respecto de la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA, por considerar que la contratación cumplió con los requisitos previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en tanto no superó el término de 6 meses prorrogables a otros 6 meses, declaratoria que no fue objeto expreso del recurso de apelación.

En virtud de lo anterior, la solidaridad pretendida en los términos del artículo 34 del CST, no es predicable de las empresas usuarias respecto de las acreencias laborales de los trabajadores en misión, cuando la relación jurídica estuvo conforme a la ley y a las preceptivas que regulan la figura jurídica de las empresas de servicios temporales. Así mismo, no es posible equipararla como un contratista independiente en los términos a los que alude la norma citada, como quiera que esta no pacta o contrata con la empresa usuaria la ejecución de una o varias obras en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, sino que su objeto es la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, a través de las labores realizadas por personas naturales contratada directamente por las empresas de servicios temporales y respecto de las cuales tiene la calidad del empleador.

Sobre el particular se ha pronunciado nuestro órgano de cierre en sentencia SL16350-2014, Radicación n.º58172 del 29 de octubre de 2014, que expresamente señaló:

*«ya anotado cabría agregar que a la empresa de servicios temporales - E.S.T.-, tal y como lo aduce la recurrente, y contrario a lo alegado por el opositor, no es posible tenerla como contratista independiente en los términos a que alude el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, aparte de lo que ya se precisado por la jurisprudencia de que se ha hecho cita, lo cierto es que entre ésta y la empresa usuaria no se pacta o contrata la «**ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva**», sino, cuestión bastante diferente, su objeto es «la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por **personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador**», tal como se señala en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; y personas naturales, a quienes se les tiene como trabajadores en misión--», que según el artículo 74 de la misma normativa, «son aquellos que la empresa de servicios temporales **envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos**».*

No puede olvidarse, eso sí, que si bien es cierto el fenómeno jurídico de la solidaridad laboral no es predicable de las empresas o entidades usuarias respecto de las acreencias laborales de los trabajadores en misión, cuando

quiera que esa clase de relación jurídica estuvo conforme a la ley, las preceptivas que regulan la figura jurídica de las empresas de servicios temporales –E.S.T.–, previeron explícita y expresamente, específicamente en el numeral 5º) del artículo 83 de la citada Ley 50 de 1990, la fórmula de pago de dichas acreencias laborales cuando quiera que se produce la insolvencia del directo empleador a través de garantía con una compañía de seguros legalmente establecida, en favor de los trabajadores de la respectiva -E.S.T.–, en cuantía no inferior a 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, la cual debe depositarse en el Ministerio del Trabajo, quien podrá hacerla efectiva cuando así le sea solicitado por sus beneficiarios.

(...)

A lo ya anotado cabría agregar que a la empresa de servicios temporales -E.S.T.–, tal y como lo aduce la recurrente, y contrario a lo alegado por el opositor, no es posible tenerla como contratista independiente en los términos a que alude el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, aparte de lo que ya se precisado por la jurisprudencia de que se ha hecho cita, lo cierto es que entre ésta y la empresa usuaria no se pacta o contrata la «**ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva**», sino, cuestión bastante diferente, su objeto es «la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por **personas naturales**, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador», tal como se señala en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; y personas naturales, a quienes se les tiene como trabajadores en misión--, que según el artículo 74 de la misma normativa, «son aquellos que la empresa de servicios temporales **envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos**».

Luego, la empresa temporal de servicios –E.S.T.–, ni ejecuta una o varias obras en beneficio de los usuarios, ni ejecuta la prestación de servicios en beneficio del tercero con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, sino que, simplemente, envía o remite trabajadores a las dependencias de la usuaria para que cumplan las tareas o servicios contratados por la usuaria, al punto que, la jurisprudencia ha entendido se produce para tales propósitos una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados. El contratista independiente ejecuta directamente la obra o el servicio, lo hace con sus trabajadores, con sus propios medios y obra con plena autonomía patronal, en tanto que la empresa de servicios temporales no ejecuta obras o los servicios que requiere la empresa usuaria, no compromete sus trabajadores inmediatos, pues con los que así cuenta se llaman trabajadores de planta y son distintos a los que remite en misión (artículo 74, ibídem), los dichos servicios no se cumplen con sus propios medios, sino en las dependencias

de la usuaria, y no obra con autonomía, pues delega en la usuaria parte del poder de subordinación sobre sus trabajadores en misión para el éxito del servicio contratado. Como ello es así, no existe la identidad requerida entre el supuesto de hecho de la norma y la situación de esta clase de empleadores que pueda dar lugar a la figura de la solidaridad laboral, por ser sabido que la mentada solidaridad, por ser una excepción a la regla universal de que quien debe pagar es el deudor directo de la obligación, no se puede aplicar por extensión o analogía, pues las excepciones son restrictivas, taxativas, expresas.»

En gracia de discusión, en los términos solicitados en la demanda y conforme la sentencia emitida en primera instancia, no sería viable estudiar la solidaridad en los términos previstos en el artículo 35 del CST, como quiera que no se declaró la calidad de simple intermediario de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y como verdadero empleador de los demandantes al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA SA

En ese sentido, la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA SA, manifiesta en su recurso de apelación que el Juez de instancia no estudió sobre la falta de legitimación de la causa propuesta por Confianza SA, teniendo en cuenta que la misma fue vinculada al presente proceso en calidad de demandada, sin haber tenido ningún tipo de relación laboral con la demandante, no obstante, al revisar los hechos de la demanda, se puede observar que la actora trabajó para el Fondo Nacional del Ahorro mediante vinculación indirecta con la empresa Optimizar Servicios Temporales, lo cual ha sido probado dentro de éste proceso, por otro lado, obra en el proceso copia de las Resoluciones proferidas por el Ministerio que ordena la afectación de las pólizas por haber entrado OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS en reorganización para su posterior liquidación, y por lo tanto se ordenó el pago de las acreencias laborales a los trabajadores de dicha empresa y en ese orden, Confianza procedió al pago de las liquidaciones efectuadas por el liquidador y agente del Ministerio del Trabajo, cumpliendo la orden dada por el Ministerio, por lo tanto no era procedente hacer el llamado a Confianza al presente proceso.

En ese orden, vale la pena mencionar en primera medida que de las excepciones incoadas en la contestación de Optimizar se observa que trajo a colación la denominada "Existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda", indicando a su vez que para garantizar el pago de las acreencias laborales la afectación de las dos pólizas afectadas 24DL007987 y 24DL008460, dentro del proceso administrativo iniciado por los trabajadores ante el Ministerio del Trabajo mediante Resolución No. 003863 del 30 de diciembre de 2016 confirmada por Resoluciones No. 000922 del 27 de marzo de 2017 y No. 0001230 del 21 de abril de la misma anualidad, por lo que no tendría ningún sustento las afirmaciones del recurrente de que los hechos no fueron discutidos, ni mucho menos que se presentó una vulneración a sus derechos al debido proceso y defensa, como quiera que las partes tuvieron la oportunidad de controvertir la responsabilidad endilgada y aportar la documental correspondiente.

En cuanto a la legitimidad para llamar al proceso a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA SA, en virtud de la póliza de seguros de cumplimiento tomada por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS, en la que se tiene como beneficiaria al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en razón al vínculo comercial existente entre estos, debe aclararse que *“el llamamiento en garantía apareja el amparo al debido proceso de quien es convocado a responder por la indemnización de perjuicios o del reembolso que tuviere que hacer a quien cuenta con su respaldo por mandato legal o contractual, que eventualmente sean ordenados en una sentencia.”* (SL 471 – 2013)

En tal sentido, es lógico que la demandada COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA SA sea convocada al trámite del proceso donde se discutan pretensiones por las que eventualmente tenga que salir a responder, como en el presente asunto en el que se reclamen créditos laborales, en virtud de la expedición de una póliza de cumplimiento, que para el caso particular fue tomada por OPTIMIZAR SEGUROS TEMPORALES SA, como asegurada para garantizarle los eventuales desembolsos que tenga que hacer con ocasión a las condenas impuestas en la sentencia, por lo que la empresa de servicios temporales, claramente estaría habilitada para ser parte dentro del presente proceso.

En tal sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 471 – 2013, Radicación n° 40049 del 13 de marzo de 2013, traída a colación por la juez de instancia y en la que expresamente se indicó:

«Ciertamente, el llamamiento en garantía apareja el amparo del debido proceso de quien es convocado a responder por la indemnización del perjuicio o del reembolso que tuviere que hacer a quien cuenta con su respaldo por mandato legal o contractual, que eventualmente sean ordenados en una sentencia.»

Es lógico que el llamado en garantía sea convocado a la jurisdicción en la que se tramite el proceso donde se discuten unas pretensiones por las que eventualmente tiene que salir a responder, como sucede en este asunto donde se reclaman unos créditos laborales, donde, en principio, el beneficiario de la prestación del servicio o de unas obras realizadas está obligado a responder solidariamente por disposición legal, de las deudas laborales del contratista independiente con quien celebró un “contrato de Construcción de Redes Internas para Gas”, en virtud del cual la empresa recurrente, como compañía de seguros, expidió previamente una póliza de seguros de cumplimiento, en la que figura como tomador el contratista COLCIREDES LTDA. y como asegurada la sociedad GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. para garantizarle a ésta los desembolsos que eventualmente tenga que hacer, en este evento por disposición de la sentencia que ponga fin a la controversia. Esto por cuanto que sería la única forma en que el llamado en garantía podría oponerse ante un tercero que reclama al tomador de la póliza y al asegurado unos créditos laborales derivados de una relación laboral que tuvo origen en el contrato de obra que estos celebraron, toda vez que sería precisamente en el proceso laboral donde podría proponer todas las excepciones de que hicieran uso el

contratista independiente y el contratante solidario; ello sin descontar las propias que se refieran a que no está obligado a responder por una cualquiera de las vicisitudes que se puedan presentar en torno al contrato de seguros por el cual es convocado a responder.»

En consecuencia se **CONFIRMARÁ** éste punto de la decisión del A – quo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Solicita la parte demandante que se condene a la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que dentro del plenario no se acreditó que la obra o labor por la cual fue contratada efectivamente hubiera terminado, pues al ejecutar la demandante labores esenciales del Fondo la obra continua permanentemente, pues los estudios financieros de los préstamos hipotecarios no van a parar, por lo que estaríamos frente a una tercerización, tratando de ocultar una empresa que fraudulentamente dejó a todos sus trabajadores sin derechos laborales.

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

En ese orden, la parte demandante alega en el hecho tres de la demanda que la relación laboral se dio por terminada, pese a que no habían desaparecido las causas que le dieron origen ni a la materia del trabajo, hecho frente al cual la demandada OPTIMIZAR EST contestó que lo afirmado por la demandante no era cierto, en atención a que el vínculo laboral se dio por finalizado en virtud de la terminación del contrato comercial suscrito con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en ese orden, la obra para la cual fue contratada la demandante finalizó el 30 de septiembre de 2015.

Se recibió interrogatorio de parte de la señora Diana Consuelo Mora, quien indicó que suscribió un contrato de obra o labor con Optimizar, se hicieron las pruebas, el cargo es analista de crédito hipotecaria y educativo, y la práctica común es que se renuevan constantemente los contratos, solo se cambian de temporales, en ese tiempo fue de cambio de Optimizar a Activos y el 30 de septiembre de 2015 se finalizó el contrato que había suscrito con Optmi. Optimizar le cancelaba los salarios, que ascendía a la suma de \$2.300.000. Debía pedirle permiso a la Directora de Crédito del Fondo Nacional del Ahorro.

Así las cosas, dentro del plenario quedó acreditado conforme la contestación de demanda que Optimizar EST dio por terminado el contrato de trabajo, con fundamento en la terminación del contrato civil que había suscrito con el Fondo Nacional del Ahorro, situación que no fue acreditada dentro del plenario, pues tan solo da cuenta la documental que aportan las accionadas que la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES OPTIMIZAR entró en reorganización a partir del 15 de

febrero de 2016, sin embargo la relación laboral culminó el 30 de septiembre de 2015, sin que por tanto sea excusa la terminación de la relación civil que sostenía Optimizar con el Fondo Nacional del Ahorro, máxime si se tiene en cuenta que las pólizas que respaldaban los contratos suscritos entre las partes, esto es, DL 007987 tenía vigencia desde el 1 de enero de 2015 al 1 de enero de 2016, por lo que se había previsto el amparo del periodo posterior a la finalización del contrato de trabajo suscrito con la demandante, sin que por tanto se acredite la justa causa por la cual se dio por terminada la relación laboral.

En ese orden de ideas, la Sala se aparta del estudio efectuado por la Juez de primera instancia, razón por la cual se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar **CONDENAR** a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA a reconocer y pagar la suma de **\$2.300.000** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, ordenando incluir éste concepto dentro de las condenas impuestas a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA – CONFIANZA SA, en virtud de la póliza mencionada DL 007987 que tuvo como vigencia entre el 1 de enero de 2015 al 1 de enero de 2016, y hasta el monto máximo de ésta, advirtiendo igualmente, que en e caso de no tener los fondos suficientes para cumplir la obligación le corresponde a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES asumir la deuda.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, el apoderado de COMPAÑÍA DE ASEGURADORA FIANZA SA – CONFIANZA SA presentó recurso de apelación en contra de la excepción de prescripción declarada no probada por la juez de primera instancia, teniendo en cuenta que en el presente caso, el término trienal para el trabajador en misión, beneficiario de la póliza, es de 2 años y empezó a contabilizarse a partir de la fecha de terminación de su contrato laboral, o en el escenario de la Resolución que expide el Ministerio declarando el siniestro y ordenando afectar las pólizas, resaltando que en éste tipo de pólizas el procedimiento es especial para lograr su aceptación, y es únicamente ante el Ministerio del Trabajo, en ese orden, el contrato de trabajo finalizó el 30 de septiembre de 2015 con Optimizar Empresa de Servicios Temporales, y en ese sentido el trabajador contaba con 2 años para hacer efectiva las pólizas a su favor ante el Ministerio, lo que quiere decir que contaba hasta el 30 de septiembre de 2017, y si bien la demandante inició dentro de los dos años la reclamación ante el Ministerio, y producto de ello se profirió la Resolución No. 03863 del 30 de diciembre de 2016, lo cierto es que Confianza SA se notificó del auto que admitió la vinculación del presente proceso como demandada de manera oficiosa y no por ser demandada de la misma actora que es la beneficiaria de la póliza del 11 de julio de 2019, esto quiere decir que pasados dos años y 7 meses de la declaratoria del siniestro mediante Resolución adicional, reiterando que la vigencia de las pólizas cuya afectación ordenó el Ministerio, la 24DL007887 del 21 de enero de 2015 al 1 de enero de 2016 y el 24DL008460 el 1 de enero de 2016 al 1 de enero de 2017, y teniendo en cuenta que Confianza fue notificada hasta el 11 de julio de 2019 con el auto que la vincula al presente procesa, se encuentra superado ampliamente el término prescriptivo de las acciones derivadas del contrato de seguro.

En ese orden de ideas, el artículo 1081 del Código de Comercio prevé, en cuanto a la referida prescripción, que:

[...] Artículo 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, o de las disposiciones que lo rigen, podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

Así pues, la demandante sometió a reparto al presente demanda el 21 de junio de 2016, conforme acta de reparto visible a folio 9 del plenario, y el siniestro únicamente fue declarado mediante Resolución No, 003863 del **10 de diciembre de 2016** por el Ministerio de Trabajo, fecha en la cual se causó la obligación y a partir de la cual se comienza a contabilizar la excepción de prescripción.

Por otro lado, si bien la COMPAÑÍA DE ASEGURADORA FIANZA SA – CONFIANZA SA fue vinculada al presente proceso de oficio mediante auto del **15 de mayo de 2019** (fl. 270), y notificada personalmente el 11 de julio de 2019 (fl. 284), lo cierto es que el día **2 de marzo de 2018** la COMPAÑÍA DE ASEGURADORA FIANZA SA – CONFIANZA SA, en virtud de la declaratoria del siniestro realizado por el Ministerio del Trabajo realizó el pago de las prestaciones sociales a favor de la demandante, conforme se acredita de la documental vista a folio 338 del plenario, lo cual configura la interrupción de la excepción de prescripción, sin que por tanto hay transcurrido el término de prescripción, y en ese sentido se confirma la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar no probada la excepción de prescripción.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO ANTERIOR APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.

La Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador para conceder la SANCIÓN MORATORIA y por ende considera IMPROCEDENTE esta condena por las razones que pasa a exponer:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En lo concerniente al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, valga recordar lo que ha venido afirmando la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (Rad. 36761 del 7 de diciembre de 2010), en el sentido de que la aplicación de una sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones, como la contemplada en el artículo 65 del C. S. T., para los trabajadores particulares, o la que implica el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para los trabajadores oficiales, no es automática ni inexorable cada vez que se presenta la falta de pago o el cumplimiento tardío, sino que en todos los casos es necesario analizar las razones o circunstancias por las cuales el empleador, a la terminación del contrato de trabajo, no satisfizo todos los valores a que estaba obligado laboralmente con su trabajador, pues si ellas resultan atendibles y justifican su actuar por fuera de lo previsto por el legislador, de manera que no quede duda

que su conducta estuvo revestida de buena fe, no es aplicable la condena, porque no existe conducta reprochable que sancionar.

En el caso bajo estudio, no se acredita la mala fe de la entidad demandada que de paso a conceder la indemnización moratoria reclamada, pues la entidad actuó bajo la convicción de que el vínculo que lo unía a la actora con OPTIMIZAR EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES era de carácter laboral, y que canceló a la demandante las prestaciones sociales que tenía derecho a la terminación del contrato laboral, en cumplimiento a la afectación de las pólizas DL 8987 ordenado por el Ministerio de Trabajo, según Resoluciones 3863 de 2016 y 922 de 2017, reiterando que siempre actuó de buena fe, y si bien no realizó el pago al momento de la terminación del contrato, se dio por la existencia de prohibición, toda vez que el Juez de concurso de la Superintendencia de Sociedades resolvió dar por terminado el proceso de reorganización y decretó el inicio de la liquidación, y en términos de la Ley 1116 de 2006, para el momento en que una empresa entra en reorganización, se restringe la movilidad del patrimonio, por lo que no resulta ser un capricho de la entidad que está en reorganización el pago o no de prestaciones sociales, lo que no permite colegir su intención de desconocer los derechos de la demandante, quien además aceptó de forma voluntaria el tipo de vinculación.

Bajo las anteriores consideraciones, se revocará la condena por sanción moratoria impuesta, y en su lugar, imponer su **absolver a la demandada de dicha pretensión.**

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA – EN REORGANIZACIÓN al pago de la indemnización moratoria. Y en consecuencia, **ABSOLVER** a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA – CONFIANZA SA a efectos de pagar de manera solidaria dicha condena.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503920160063001)



LORENZO TORRES RUSSY

(Rad. 11001310503920160063001)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310503920160063001)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-3920160063001 Proceso: Ordinario Laboral
DTE: DIANA CONSUELO MORA NIVIAYO .DDO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y
OTROS. Fallo Septiembre 23 de octubre de 2020.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito manifestar, que me aparto parcialmente del respetable argumento jurídico que sustenta la decisión mayoritaria, respecto a la indemnización moratoria, pues en mi criterio la condena impuesta en primera instancia por éste concepto debió CONFIRMARSE, por los siguientes motivos:

1. En lo concerniente al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.
2. No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012)
3. Igualmente, respecto a la imposición de la indemnización moratoria en casos en los cuales el empleador se acoge a trámites de reactivación empresarial en los términos previstos en la Ley 1116 de 2006, la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en casos como el aquí estudiado ha precisado que *“el examen de la buena fe ante el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones que puede dar lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST se ha de hacer, por regla general, teniendo en cuenta las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, según esta preceptiva, es el incumplimiento, en dicho momento, el que da lugar a la mencionada condena. No obstante, conviene precisar que si existen mecanismos legales a los cuales puede acogerse la empresa demandada con posterioridad a la terminación del contrato, que puedan favorecerla para el pago de las deudas, dicha situación es un aspecto ha tener en cuenta para efectos de establecer la buena fe en su proceder y poner límites a la condena por este concepto; pero, para ello, no basta con que se pruebe que se acogió a tal mecanismo, sino que es menester acreditar, por parte del empleador, que cumplió a cabalidad con las cargas establecidas en dicho proceso para probar su buena fe. (SL – 1628-2014)*

4. Los apoderados de la parte Optimizar Empresa de Servicios Temporales SA en Reorganización y la Compañía de Seguros Confianza – Confianza SA, solicitaron se revocara la condena en su por concepto de indemnización moratoria, precisando que el no pago de las prestaciones al momento de la terminación del contrato, obedeció a que la que le impedía disponer de su patrimonio y limitaba el pago de sus obligaciones. Que en todo caso, las acreencias le fueron canceladas a la demandante en cumplimiento a la afectación de las pólizas DL 8987 ordenado por el Ministerio de Trabajo, según Resoluciones 3863 de 2016 y 922 de 2017. La demandante, por su parte solicitó su imposición hasta la data de pago de las prestaciones sociales.

- 4 En el caso particular, mediante auto No. 400-002370 del 15 de febrero de 2016, inscrito el 28 de febrero de la misma anualidad bajo el No. 00002842 del libro XIX la Superintendencia de Sociedades admitió el proceso de reorganización de la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA, y posteriormente mediante Acta No. 4000-002550 del 1 de noviembre, inscrita el 22 de noviembre de 2016, se dio apertura al trámite de liquidación judicial.

- 5 Sin embargo, para el suscrito Magistrado, tal situación no reviste de buena fe el actuar de la demandada que la exonere exoneraría del pago de la indemnización moratoria, pues tanto la solicitud al proceso de reorganización y su posterior aceptación por parte de la Superintendencia de Sociedades, la data del 15 de febrero de 2016, fue posterior a la terminación del vínculo laboral el 30 de septiembre de 2015, data para la cual la enjuiciada **no** se encontraba limitada en la disposición de su patrimonio y pagos por dicho proceso, por lo que jabria lugar a confirmar la imposición de la indemnización moratoria, limitándola hasta la fecha de ingreso al proceso de reorganización, esto es, el 15 de febrero de 2016, como quiera que dicho momento empleador perdió la administración de sus negocios y fue desplazado por el ente estatal, lo que le impedía disponer libremente de los recursos, ni ordenar el pago de acreencias.

Con el debido respeto, por la decisión mayoritaria, en los anteriores términos dejo salvado parcialmente mi voto en este caso.

Fecha ut supra.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado