



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **039 2020 00058** 01 (002 TR)
DEMANDANTE: YENI CATERINE VARGAS REYES
DEMANDADO: DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado 2° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se condene a la demandada a reintegrarla al mismo cargo que desempeñaba al momento de producirse el despido o a otro de igual o superior categoría, junto con los salarios dejados de cancelar y los aportes al sistema general de seguridad social (Pág. 3, arch. 1)

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, la demandante manifestó que laboró para la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de septiembre de 2016 hasta el 22 de mayo de 2019, habiendo desempeñado como último cargo el de auxiliar de servicios farmacéuticos; que el último salario devengado ascendió a la suma de \$1.600.000,00; que el 22 de mayo de 2019, la llamada a juicio le comunicó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, dando respuesta el 14 de junio de 2019, al recurso de apelación formulado el 22 de

mayo de 2019 en contra de esa decisión; que el 6 de marzo de 2017, fue creada la organización sindical denominada Sindicato de Farmaceutas y Farmacias Cruz Verde – SIFACT, con acta de constitución n.º 01 del 7 de marzo de 2017, proferida por el Ministerio del Trabajo y depositada ante esa misma entidad; que al momento del despido se encontraba afiliada a SIFACT; que el 15 de noviembre de 2017, SIFACT presentó a la demandada pliego de peticiones; que el 16 de marzo de 2018, inició la etapa de arreglo directo, la cual terminó el 11 de mayo siguiente; que las partes no llegaron a un acuerdo, por lo que el 15 de noviembre de 2017, SIFACT solicitó al Ministerio la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio; que el Ministerio del Trabajo mediante Resolución n.º 1337 del 15 de mayo de 2019, resolvió convocar a un Tribunal de arbitramento para que se dirimiera el conflicto colectivo de trabajo, el cual fue instalado el 4 de junio de 2019; que el 8 de julio de 2019, se profirió laudo arbitral, contra el que se formuló el recurso extraordinario de anulación, que fue rechazado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante proveído del 13 de noviembre de 2019, fecha en la que terminó el conflicto colectivo (Págs. 2 a 9, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió luego de ser subsanada el 1º de diciembre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (arch. 4).

Droguerías y Farmacias Cruz Verde SAS se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la relación laboral que existió entre las partes feneció con justa causa comprobada atribuible a la actora, debido al grave incumplimiento de sus obligaciones laborales, pues el 19 de marzo de 2019, la misma arrojó a la basura de residuos ordinarios de la farmacia en la que ejercía sus funciones un total de trece tabletas del medicamento ranitidina 300 mg, que eran de propiedad de la compañía con fecha de vencimiento 02/2019, el cual se encontraba dentro del módulo que tenía asignado en febrero de ese año para revisión del inventario entregado, con lo cual, asegura, se violaron las prescripciones sobre protección del medio ambiente (Resolución 1164 del 2002, Decreto 780 del 2016, Decreto 4741 del 2005, Resolución 1403 del 2007 y Decreto 351 del 2014). Agregó que adicionalmente, se hallaron pluralidad de medicamentos vencidos y averiados

en el tramo asignado a la gestora para su revisión, conllevando al incumplimiento grave de los procedimientos establecidos por la empresa para el retiro de los mismos, así como de la política de seguridad del paciente (Resolución 2003 del 2014) y de las disposiciones de la Resolución 1403 del 2007; y, que finalmente se logró determinar que el 12 de abril de 2019, la promotora del proceso junto con dos de sus compañeros de trabajo contactaron a Mayra Lorena García Sánchez, auxiliar de servicios farmacéuticos, con la finalidad de negar lo sucedido y coordinar la versión que debían dar sobre los hechos acaecidos el 19 de marzo de 2019.

En su defensa invocó las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, inexistencia de fuero circunstancial y prescripción (Págs. 1 a 17, arch. 2, carp. 6).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 30 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Para lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado estableció que de la certificación adosada a folio 50 del plenario se constataba que la demandante se encontraba afiliada al Sindicato de Farmaceutas y Farmacias Cruz Verde – SIFACT y que a su vez se había probado que el 15 de noviembre de 2017, la organización sindical había radicado el pliego de peticiones ante el Ministerio del Trabajo y solo hasta el 8 de julio de 2019, se había suscrito el laudo arbitral, por lo que para la época del despido la gestora gozaba de fuero circunstancial.

En cuanto al despido, dijo que no se había probado el suceso relativo a que la convocante depositó en la basura unos medicamentos de propiedad de la encartada, pues el mismo no se evidenciaba con claridad del registro filmico aportado con el escrito de contradicción. No obstante, se había demostrado la justa causa de despido, con el acta de descargos con la que se verificaba que aquella había admitido que los medicamentos vencidos los ponía en un

escritorio y no sabía que había un sitio llamado cuarentena donde se debían colocar, que sabía que debía generar un informe mensual y el de febrero lo dejó en la mesa de la directora Diana pero no contaba con el recibido y que en ese mes no tuvo tiempo de sacar los medicamentos vencidos que relacionó en el reporte, del que sabía, debía contar con la constancia de su recepción; y a su vez, con las versiones de los testigos Luz Dary Gutiérrez y María Camila Segura quienes afirmaron que la demandante fue citada a descargos por el reporte inoportuno de los productos vencidos o averiados, con lo cual se colegía que la trabajadora había omitido sus responsabilidades frente a la manipulación y control de medicamentos a su cargo, lo que contrariaba lo dispuesto en la Resolución n.º 1403 de 2007, proferida por el Ministerio de Protección Social y denotaba la falta de diligencia y cuidado debido al grado de vulnerabilidad de los destinatarios del servicio farmacológico, dando paso a la absolución de la demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** en la alzada expuso que en este asunto no se encontraba probada la justa causa invocada por la demandada para dar paso al finiquito laboral, pues el testigo Luz Dary Gutiérrez manifestó claramente que los informes sobre los medicamentos vencidos tenían que presentarse cada mes y la carta de terminación del contrato data del 14 o 15 del mes correspondiente, por lo que para la época del finiquito no se había vencido el término con el que contaba la trabajadora para llevar a cabo tal tarea; y, teniendo en cuenta que el video arrimado por la pasiva, no permitía verificar que la gestora tiró o utilizó el medicamento ranitidina.

Finalmente, expuso que no podía tenerse por acreditada la razón del despido, por el hecho de que un testigo hubiera manifestado las obligaciones de la demandante, sin que se hubieran probado las mismas por la demandada.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 9 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte

demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 3, C002).

Las partes presentaron alegatos de conclusión, la demandante reiterando los argumentos expuestos en el recurso y la demandada lo expuesto en el escrito de contradicción (arch. 4 y 5, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si al momento de la terminación del vínculo la demandante se encontraba amparada por fuero circunstancial; y luego, si se comprobó la justeza del despido.

Se encuentra probado que entre Yeni Caterine Vargas Reyes y el Droguerías y Farmacias Cruz Verde SAS se suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año vigente desde el 9 de septiembre de 2016, cuya modalidad fue variada a término indefinido mediante otro sí, a partir del 9 de noviembre del mismo año; así mismo, que la demandante fue contratada para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios de enfermería (págs. 1 a 8, arch. 3, carp. 6).

Fuero circunstancial.- Para empezar, es menester recordar que la garantía del fuero circunstancial consagrada en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, reglamentado por los artículos 10 del Decreto 1373 de 1966 y 36 del Decreto 1469 de 1978, inicia con la presentación del pliego de peticiones y culmina con la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, por lo tanto, durante ese tiempo no le es permitido al empleador despedir sin justa causa a sus trabajadores, dado que la norma busca que el patrono no utilice como retaliación al derecho de asociación, la discrecional facultad de dar por culminado sin justa causa el contrato de trabajo con el correspondiente pago de la indemnización, por lo que de hacerlo la consecuencia irremediable sería, que dicho despido resulte ineficaz.

Por consiguiente, el trabajador que pretenda beneficiarse con esta prerrogativa debe demostrar: *i)* que presentó pliego de peticiones a su empleador y *ii)* que el despido se produjo sin justa causa dentro del término que comprende el fuero circunstancial, para que la demandada asuma la carga de probar el hecho contrario que extinga el derecho al fuero; empero, para que se dé el primer requisito resulta indispensable que el pliego de peticiones pueda surtir efectos jurídicos, es decir, que se pueda dar trámite al pliego de peticiones a través de la obligación por parte del empleador de negociar dicho pliego y así se surtan los efectos jurídicos de la protección foral aquí reclamados.

En ese orden, encuentra la Sala acreditado el fuero circunstancial alegado por la demandante, en la medida en que se encontraba afiliada al Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz Verde (pág. 85, arch. 1) para la época del despido que tuvo lugar el 22 de mayo de 2019 (págs. 30 a 32, arch. 1, carp. 3) y con las demás probanzas arrimadas al cuaderno se constata que: *i)* El 15 de noviembre de 2017, el presidente de la organización sindical del Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz Verde radicó ante el Ministerio del Trabajo pliego de peticiones para la empresa Droguerías y Farmacias Cruz Verde (págs. 170 a 196, arch. 1); *ii)* En acta del 20 de marzo de 2018, la empresa demandada y la organización sindical acordaron que la etapa de arreglo directo iniciaría el 4 de abril de 2018 y culminaría el día 23 de ese mismo mes y año (págs. 91 a 92, arch. 1), plazo que se prorrogó hasta el 11 de mayo siguiente (pág. 95, arch. 1), cuando se elevó acta de cierre de negociación de pliego de peticiones, por no haberse llegado a un acuerdo (pág. 96, arch. 1); *iii)* El 4 de junio de 2019, se emitió acta de instalación del Tribunal de Arbitramento Obligatorio (págs. 108 a 111, arch. 1); *iv)* El 8 de julio de 2019, el Tribunal de Arbitramento Obligatorio profirió laudo arbitral para dirimir el conflicto colectivo (págs. 114 a 169, arch. 1), decisión contra la que se formuló recurso de anulación el 12 de julio de 2019 (págs. 98 a 106, arch. 1), el cual fue rechazado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante auto del 13 de noviembre de 2019 (págs. 80 a 84, arch. 1).

En consecuencia, se pasa a analizar la justeza del despido a fin de establecer si la demandante perdió la protección foral que la cobijaba en ese momento.

Justeza del despido.- Sobre el particular, se advierte que en la comunicación de fecha 22 de mayo de 2019, la llamada juicio le informó al demandante la decisión de terminar el vínculo laboral por el incumplimiento grave de sus deberes y obligaciones, con fundamento en lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo especialmente en los literales g), h) y n) del art. 48, los numerales 4º, 5º y 32 del art. 53, los numerales 17, 18, 25 y 33 del art. 55, el literal e) del art. 58, los artículos 55 y 56 y en lo normado en los numerales 1º y 5º del art. 58 del CST y el numeral 6º del art. 62 *ibídem*.

Lo anterior, tras encontrar que: *i*). El 19 de marzo de 2019, arrojó a la basura de la farmacia 13 tabletas de medicamento de código 115636 RANITIDINA 300 mg tableta lote 6CL0904- fecha de vencimiento 02/2019 (5 unidades) que se encontraban dentro del módulo que se le había asignado en el mes de febrero de 2019, para la revisión de inventario, los cuales habían sido hallados por la Directora Técnica de la farmacia Diana Liseth Hernández; *ii*). Se encontraron en el tramo asignado 8 tipos de medicamentos cuyo vencimiento databa de diciembre de 2018 y enero y febrero de 2019 y tres que estaban averiados, sobre los cuales no se había cumplido con el procedimiento establecido por la empresa; y, *iii*). Se había evidenciado que la trabajadora junto con otros compañeros el 12 de abril de 2019, habían llamado a la auxiliar de servicios farmacéuticos Mayra Lorena García Sánchez, con la finalidad de negar lo sucedido y coordinar la versión que debían dar sobre los hechos acaecidos el 19 de marzo de 2019, con relación a los medicamentos encontrados en la basura.

En esa medida, atendiendo a la causal invocada, según lo dispuesto en el numeral 6º del literal a). del art. 62 del CST, constituye justa causa de despido 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.

Al descender al análisis de las conductas endilgadas a la trabajadora, advierte la Sala, como lo hizo la *a quo*, que la comisión de la segunda de ellas, se prueba ciertamente con las respuestas dadas por la trabajadora en las diligencias de descargos que se llevaron a cabo el 16 y 25 de abril de 2019,

con los hechos admitidos en el interrogatorio de parte y las versiones de los testigos Luz Dary Gutiérrez quien es la directora operativa de farmacias de la demandada y labora en la compañía hace 17 años y María Camila Segura Contreras quien es analista senior de relaciones laborales en la empresa convocada.

Esto, porque en el acta de descargos elevada el 16 de abril de 2019, la demandante dijo que se desempeñaba como auxiliar de servicios farmacéuticos y que dentro de sus funciones se encontraban la de ordenamiento, recepción, dispensación, facturación, almacenamiento y reporte de vencidos y averiados; que en el mes de febrero se le había asignado el tramo del módulo tres; que debía reportar los vencidos y averiados semaforizarlos y organizarlos, marcando con rojo para próximo a vencer en 4 meses y amarillo a 6 meses; que la revisión del tramo asignado debía hacerla mensualmente; que les daban una semana para sacar los vencidos y averiados a fin de cada mes y que en caso que hubiera un producto vencido debían informarlo a la química y pasar un informe mensual; que los productos vencidos o averiados los ponían en el escritorio. A su vez, cuando se le preguntó cuándo debía entregar el informe del módulo asignado en febrero de 2019, respondió que ella le había dicho a la química que se los había dejado en el escritorio y eso había ocurrido en la primera semana de marzo, pero que no contaba con la constancia de recibido por parte de su jefe inmediata (pág. 9 a 13, arch. 3, carp. 3)

A su vez, en la diligencia llevada a cabo el 25 de abril siguiente, la convocante dijo que debido a que a finales del mes de febrero subió a cirugía y además debía manejar su módulo de farmacia, no tuvo tiempo para sacar los vencidos. Adicionalmente, cuando se le preguntó si le reportó a su jefe inmediato tal situación, anotó que en el informe reportó que había que sacarlos, pero no ejecutó esa acción y reiteró que le dejó el referido informe en el puesto a la directora, así como que sabía que la directriz era que debía haber constancia de recibido por parte de la misma y que no tenía como soportar que entregó el informe de revisión de módulos, porque había perdido la copia. También sostuvo que en la revisión que hizo evidenció que había que sacar algunos, y en cuanto al proceso de semaforización dijo que a 4 meses se marcaba con rojo y a 8 meses con amarillo. De otro lado, mencionó que era su deber retirar los medicamentos vencidos en su tramo como auxiliar de

servicios farmacéuticos y que ello debía hacerlo a finales de cada mes (pág. 14 a 23, arch. 3, carp. 3).

A su vez, en el interrogatorio de parte la demandante admitió que dentro de sus funciones se encontraba la de revisar los vencimientos de los medicamentos en el módulo asignado; y, en lo que refiere a las testigos se tiene que Luz Dary Gutiérrez ratificó que la demandante tenía dentro de sus funciones reportar mensualmente al Director Técnico los productos vencidos o averiados que se encontraban en su módulo dentro de un formato, para que posteriormente un tercero contratado por la empresa recoja los desechos sólidos y emita un acta sobre la destrucción de los productos, a su vez, explicó que en el caso de los medicamentos vencidos, debido a que se presta un servicio de dispensación, estos deben ser retirados de manera inmediata por parte de los auxiliares cuando hacen la revisión del módulo y los mismos son llevados a un área de cuarentena para que no puedan ser vendidos, en la medida en que representan un riesgo para la seguridad del paciente y dijo que el objeto de la asignación de módulos no es hacer un inventario, sino revisar las condiciones de los productos en cuanto a su vencimiento y estado físico. Finalmente, aclaró que la revisión del módulo se hace durante los diferentes días del mes, y el producto se retira antes de su fecha de vencimiento y no luego de la misma.

Finalmente, María Camila Segura Contreras sostuvo que al interior de la compañía existe un procedimiento de vencidos y averiados, que no fue cumplido por la activa y consiste en que a cada funcionario se le asigna un tramo que debe ser revisado una vez al mes, con el fin de verificar qué medicamentos están próximos a vencer o vencidos y elaborar un informe que debe ser entregado y contar con la constancia de recibido de la Directora Técnica de la farmacia, así mismo, relató que dicho procedimiento debe cumplirse con el fin de filtrar cualquier error en la dispensación que pueda poner en riesgo la vida del paciente.

Con lo expuesto, advierte esta Corporación, así como lo hizo la juzgadora primigenia, que no debía prosperar la tacha por sospecha formulada en contra de las deponentes en mención, las cuales fueron citadas por la llamada a juicio, en la medida en que sus versiones son creíbles, al resultar concordantes con los hechos que fueron expresamente admitidos por la

trabajadora, incluso, desde la diligencia de descargos; a su vez, es posible colegir de las pruebas recaudadas que la falta atribuida a la trabajadora no se predicó respecto de la revisión de medicamentos vencidos y averiados que dejó de hacerse en el mes de marzo de 2019, así como tampoco frente al reporte que correspondía al interregno que cobijo a esa mensualidad, sino respecto al incumplimiento que se verificó frente al mes de febrero anterior, sobre el que la promotora del litigio admitió no haber retirado del tramo que se le había asignado, los medicamentos que sabía estaban vencidos y averiados, y respecto del que no pudo acreditar, ni en el procedimiento adelantado por la compañía ni en el curso de estar diligencias, haber presentado a tiempo a su superior jerárquica el informe que contaba con la relación de los productos en mención, así como tampoco, una justificación válida para tal omisión.

En ese orden, resulta probado el incumplimiento de los deberes y obligaciones especiales de la trabajadora, relativos a recibir y acatar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la conducta en general; atender las instrucciones que imparta la empresa por medio de carteles, circulares, anuncios, instructivos, procedimientos, etc., relacionados con el servicio; comunicar oportunamente a la empresa las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios y aplicar las políticas, los reglamentos, las normas, las políticas y procedimientos establecidos por la Empresa (artículos 48 y 53 del RIT) y la incursión en las prohibiciones relativas a desobedecer o dilatar injustificadamente el cumplimiento de las órdenes y directrices dadas verbalmente o por escrito por parte de los jefes inmediatos o los representantes de la empresa y dejar expuesto al deterioro las mercancías, activos fijos, bienes propiedad de la empresa o productos que comercializa ésta, que se encuentren o no en el inventario, así como dejar vencer los mismos.

Infracciones que evidentemente se enmarcan dentro de la gravedad atribuida por la empresa para dar paso al despido, porque dada la naturaleza del servicio prestado a usuarios farmacéuticos, el mismo se encuentra expresamente regulado, ya que su manejo inadecuado, como el que se constató en el caso bajo examen por parte de la trabajadora, quien se abstuvo de retirar del módulo asignado los medicamentos que ya estaban vencidos y no reportó tal situación oportunamente a su superior, puede implicar un riesgo para la salud y vida de las personas, pues conforme lo dispone el art.

20 del Decreto 4741 de 2005, son considerados como residuos y desechos peligrosos los medicamentos vencidos.

Es así como, las disposiciones vigentes, como la Resolución 2003 del 28 de mayo de 2014 y la Resolución 1403 del 2007, imponen a las empresas que prestan servicios farmacéuticos el cumplimiento de distintos procedimientos y estándares para su habilitación y para llevarla a cabo. La primera de ellas, define los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud, dentro de los estándares de habilitación, que son las condiciones tecnológicas y científicas mínimas e indispensables para la prestación de servicios de salud, aplicables a cualquier prestador de servicios de salud, independientemente del servicio que éste ofrezca, y consagra que dentro de los procesos prioritarios de los Servicios farmacéuticos de baja complejidad deben existir procedimientos para el control de fechas de vencimiento y mecanismos para la disposición final y destrucción de medicamentos y dispositivos médicos.

Y la segunda, que determina el Modelo de Gestión del Servicio Farmacéutico, dentro de los procedimientos exigidos al mismo, prevé el de la recepción y almacenamiento de medicamentos y dispositivos médicos, que es el conjunto de actividades que tiene como objetivo el cuidado y la conservación de las especificaciones técnicas con las que fueron fabricados los medicamentos y dispositivos médicos, dentro de lo que se incluye la aplicación de métodos de inventarios que aseguren la rotación adecuada de los medicamentos y dispositivos médicos y apoyen la planificación de las adquisiciones, consagrando para el efecto el control de fechas de vencimiento, así: *“El servicio farmacéutico o establecimiento farmacéutico contará con criterios, procedimientos y recursos que permitan verificar continuamente la fecha de vencimiento de los medicamentos y dispositivos médicos, para que sean distribuidos o dispensados dentro de la fecha de vigencia o se solicite con la debida antelación la devolución o cambio al proveedor, de acuerdo con las condiciones de negociación”*; control que se repite en la etapa de dispensación que consiste en la entrega de uno o más medicamentos a un paciente y la información sobre su uso adecuado.

En consecuencia, ante la prueba fehaciente de la configuración de la falta analizada y su gravedad, resulta inane pasar al estudio de las otras

conductas atribuidas a la demandante en la carta de despido, pues con ello basta para entender que el contrato fue terminado de manera unilateral y con justa causa por la empleadora.

Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado 2º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqO1Hf92qtBImLbLqh8c70kBeQiB0xjmkTw24bBYOIocsw?e=hsKJQ5

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0c810f03191503f3cd755a04473cb3cbacf89cb018d8ca8722e7fb6ff4ae2bc**

Documento generado en 01/02/2023 03:16:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **033 2017 00556 01**
DEMANDANTE: LUIS GERMÁN ESCOBAR MARÍN
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA Y
SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS SA.

Bogotá DC, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación efectuada con la AFP Skandia, y en consecuencia, que es beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993; que se condene a Colpensiones a activar su afiliación y reliquidar la pensión de vejez a partir del 23 de julio de 2011, con una tasa de reemplazo equivalente al 90% del ingreso base de liquidación de los últimos 10 años, en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y a pagar los intereses moratorios consagrados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 (f.º 78 a 80 y 1 a 12).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 23 de julio de 1951, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años

de edad; que se afilió el 16 de marzo de 1978 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que desde esa fecha hasta el 23 de julio de 2011, cotizó más de 1250 semanas; que el 1º de junio de 2003, se trasladó al RAIS por medio de Skandia, momento en el que no se le brindó información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen pensional; que el 1º de junio de 2009, retornó al RPM; que el 26 de julio de 2012, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el ISS, que fue concedida mediante Resolución n.º GNR 164912 del 2 de julio de 2013, con fundamento en lo normado en la Ley 797 de 2003, estableciéndose como fecha de disfrute el 23 de julio de 2013; que Colpensiones no pagó los intereses moratorios causados desde que elevó la solicitud hasta la fecha de inclusión en nómina del retroactivo; que el 8 de octubre de 2016, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez y los intereses moratorios antes referidos; y, que radicó petición ante Porvenir y Skandia (f.º 78 a 80 y 1 a 12).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 15 de diciembre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (pág. 77).

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y pago (f.º 90 a 106),

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, buena fe y prescripción (f.º 122 a 132).

A **Porvenir SA** dio respuesta oponiéndose a los pedimentos de la demanda, y formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (f.º 171 a 186).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio (f.º 121).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 2 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir el 18 de diciembre de 1997; así mismo, que Luis Germán Escobar Marín se encuentra efectivamente afiliado al RPM desde el 16 de marzo de 1978. En consecuencia, condenó a Porvenir SA y a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA a trasladar al RPM administrado por Colpensiones los gastos de administración generados durante el tiempo que el accionante estuvo vinculado al RAIS, y de manera proporcional a su afiliación, para lo cual se conminó a Colpensiones a fin de que adelante las gestiones necesarias para obtener la devolución de los recursos.

Adicionalmente, declaró que el actor es beneficiario del régimen de transición, contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 frente al Decreto 758 de 1990 y es beneficiario de la pensión de vejez con una tasa de reemplazo del 90%, a partir del 23 de julio de 2011 en 13 mesadas anuales, y en consecuencia, condenó a Colpensiones a reliquidar dicha prestación y pagar las diferencias surgidas en las mesadas pensionales desde el 1º de septiembre de 2014, hasta la fecha en la que se haga efectiva la reliquidación, debidamente indexadas, las cuales a la fecha de la sentencia ascienden a \$105.031.641,40.

Finalmente declaró probada la excepción de prescripción frente a las diferencias surgidas en las mesadas causadas y no reclamadas con anterioridad al 31 de agosto de 2014.

Para fundamentar su decisión, el juez coligió que el consentimiento dado por el actor para trasladarse de régimen pensional el 18 de diciembre de 1997, por medio de Porvenir SA, no fue informado, pues de los formularios de afiliación no se desprendería cuáles datos se habían suministrado por el fondo para el efecto y del interrogatorio de parte practicado al gestor no se derivaba prueba de confesión. En ese orden, expuso que debido a que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria y transparente a aquel, era menester declarar la ineficacia de dicho acto jurídico, y precisó que no había lugar a disponer la devolución de aportes de un régimen a otro, debido a que el demandante se encuentra afiliado a Colpensiones y tales rubros ya fueron entregados al RPM.

A su vez, estableció que a la entrada en vigencia del sistema general de

pensiones el promotor del proceso contaba con más de 40 años y a la fecha de expedición del acto legislativo 01 de 2005, tenía más de 750 semanas, de ahí que es beneficiario del régimen de transición; igualmente, dijo que el IBL debía calcularse conforme lo normado en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, habiéndose calculado el mismo en la suma de \$3.951.613 correspondiente al de los últimos 10 años, por resultar más favorable, al que debía aplicársele una tasa de reemplazo del 90%, arrojando como mesada inicial la suma de \$3.556.451,81 para el año 2011, cuando arribó a los 60 años, debido a que en el 2008 registró la última cotización a pensiones.

Sobre la prescripción de las diferencias reclamadas, refirió que se probaba que el 26 de julio de 2012, se había solicitado el reconocimiento de la pensión de vejez y los días 28 de diciembre de 2012 y 2 de julio de 2013, el actor pidió que se reliquidara dicha prestación aplicando el régimen de transición. De ese modo, señaló que el convocante contaba hasta el 28 de diciembre de 2015, para acudir a la jurisdicción sin que operara el fenómeno estudiado y que la demanda se presentó solo hasta el 31 de agosto de 2017, por lo que estaban prescritas las diferencias causadas antes del 31 de agosto de 2014.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios, concluyó que debido a que Colpensiones tenía un obstáculo de orden legal que impedía reconocer la prestación en los términos dispuestos y tal asunto debía supeditarse a la valoración judicial, los mismos eran improcedentes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** en la alzada expuso que para analizar la prescripción se debía tener en cuenta que el 8 de octubre de 2016, se solicitó la reliquidación de la pensión, por lo que es tal reclamo el que se debe tener en cuenta para el efecto. Sobre la absolución de los intereses moratorios, refirió que el 26 de julio de 2012, se procuró el pago de la pensión de vejez ante la entidad, sin embargo, Colpensiones dejó de reconocer el retroactivo al que tenía derecho, el cual solo fue pagado en septiembre de 2014, por lo que desde el 26 de noviembre de 2012 hasta el 2014, debe disponerse el pago sobre esas sumas.

Porvenir SA al efecto solicitó que se revoque la condena concerniente a la devolución de gastos de administración, con fundamento en que de acuerdo con

la Ley 100 de 1993 y el concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, no hay lugar a su traslado, pues las mismas además de que no hacen parte integrante de la pensión y deben ser materia de prescripción parcial, se generan como a favor de la AFP, como retribución por la buena gestión ejercida durante la vinculación del afiliado, de ahí que al volver las cosas al estado anterior como consecuencia de los efectos de la declaratoria de ineficacia, debe entenderse que no existió administración ni se generaron rendimientos y que hay lugar a las restituciones mutuas. Finalmente, expuso que no existía un criterio de equidad en cuanto a la condena en costas, debido a que ese fondo fue condenado a pagar una suma superior a la ordenada en contra de la codemandada Skandia SA.

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA

expuso que la sentencia de primer grado se apartó de los postulados jurisprudenciales teniendo en cuenta que en este asunto el demandante se encuentra pensionado, por lo que el pedimento de la ineficacia de la afiliación se torna extemporáneo, y de acuerdo con lo expuesto en sentencia CSJ SL373-21, en ese caso, se trata de una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, cuyos intentos para revertirla, en ese caso para obtener la reliquidación, podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y del sistema público de pensiones.

De igual modo, pidió que se revoque la condena de gastos de administración, por considerar que de acuerdo con las normas que datan de 2008, existen ciertos emolumentos que deben tenerse en cuenta en el momento de generarse el traslado de recursos entre regímenes pensionales; y aludió, que esa AFP el 17 de mayo de 2004, trasladó todos los recursos que la Ley ordena hacia Porvenir SA, en la medida en que el concepto en mención está destinado a cubrir posibles contingencias, como pagar las primas a las asegurados para los riesgos de invalidez y muerte, por lo que esa administradora ya no cuenta con tales rubros, que sirvieron para que el actor contara con la cobertura respectiva mientras estuvo vigente su afiliación. Finalmente, solicitó que de accederse a la devolución, se analice la figura de la prescripción de acuerdo con lo normado en el art. 1081 del CCo, teniendo en cuenta la relación jurídica que existió entre Skandia y la compañía de seguros, pues tal disposición consagra que las acciones que se derivan de los contratos de seguro prescriben en dos años.

Colpensiones expuso que en este caso no era procedente declarar la ineficacia de la afiliación, por considerar que resulta desproporcionado invertir la carga de la prueba, como lo hizo el *a quo*, máxime cuando con el interrogatorio de parte se probó que el demandante firmó los formularios de afiliación de manera consciente, libre y voluntaria, lo que conllevaría a que el traslado sea válido, así como también, que continuó efectuando aportes por un considerable lapso, que demuestra que existieron actos de relacionamiento y que no expresó inconformidad alguna sobre su vinculación al RAIS ni se acercó a las oficinas de los fondos privados a solicitar información adicional. También, solicitó que se tengan en cuenta los razonamientos expuestos en la sentencia SL373-2021, en torno a la calidad de pensionado del promotor del proceso.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 18 de enero de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La demandante, Colpensiones y Porvenir SA presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos, respectivamente, en la demanda, en la contestación a la misma y en la alzada (f.º 215 a 241).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones

adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver los recursos de apelación y surtir el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria; y, si hay lugar a ordenar a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez al amparo de lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990; y, si hay lugar a condenar al pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, respecto del retroactivo inicialmente pagado por Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 23 de julio de 1951 (f.º 13); **ii)** se afilió al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones el 3 de agosto de 1978 (f.º 133 a 142); **iii)** se trasladó al régimen de

ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, el 18 de diciembre de 1997, con fecha de efectividad de 1º de febrero de 1998 (f.º 188); **iv)** Se afilió el 28 de abril de 2004, a Skandia (f.º 107) y nuevamente el 26 de marzo de 2004 a la AFP Porvenir (f.º 188); y, **v)** Retornó al ISS el 6 de abril de 2009 (Pág. 31, archivo 1), mediante traslado que se hizo efectivo desde el 1º de junio de ese año (f.º 188).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en

sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia

cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una

expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, efectivo desde el 1º de febrero de 1998, sin que exista evidencia de que la decisión se adoptó previo a la entrega de información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del

porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar 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; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 18 de diciembre de 1997, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores si los hubo, en tal sentido, teniendo en cuenta que la activa retornó al régimen de prima media y que Porvenir SA envió a Colpensiones los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante, las administradoras de fondos de pensiones privadas deben devolver con destino a Colpensiones, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para

la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionar**á el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para ordenar tanto a la AFP Porvenir SA como a la AFP Skandia, a la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

Finalmente, es preciso anotar que contrario a lo sostenido en la alzada por la AFP Skandia y Colpensiones, en este asunto no se torna aplicable el criterio jurisprudencial plasmado en la sentencia CSJ SL373-2021, toda vez que los supuestos fácticos allí analizados difieren del asunto aquí tratado, pues la imposibilidad de retrotraer el acto jurídico del traslado por la calidad de pensionado del RAIS del demandante de esas diligencias, se refiere a las consecuencias que acarrearía por haber accedido a la prestación en ese régimen, las cuales no se patentizan frente al pensionado del RPM que procura la reliquidación pensional, como se confirmó en la sentencia CSJ SL2929-2022.

Reliquidación pensión de Vejez.- Teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia del traslado del régimen pensional establecidos previamente, pasa la Sala a resolver la solicitud de reliquidación de la de vejez, encontrando acreditado que el demandante fue pensionado por Colpensiones mediante Resolución n.º GNR 164912 del 12 de julio de 2013, en aplicación de lo normado en la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de julio de 2013, en cuantía inicial de \$2.764.569 (f.º 34 a 41), la cual fue reliquidada en la Resolución n.º GNR 278324 del 6 de agosto

¹ CSJ SL1688-2019.

de 2014, en la que se dispuso el reconocimiento bajo el amparo de la misma normatividad y se estableció como mesada inicial para el 23 de julio de 2011, la suma de \$2.668.082 (f.º 43 a 50).

Así mismo, se constata la calidad de beneficiario del régimen de transición de la demandante, según lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a 1º de abril de 1994, contaba más de 40 años de edad debido a que nació el 23 de julio de 1951 (f.º 13); y, las prerrogativas contenidas en dicha preceptiva se extendieron a su favor hasta el 31 de diciembre del año 2014, ya que al 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), registra un total de 1166,86 semanas, de manera que le son aplicables las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión.

De acuerdo con lo anterior, el art. 12 del acuerdo 049 de 1990, establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en primer lugar, contar con 60 años de edad en el caso de los hombres, y el demandante cumplió dicha edad el 23 de julio de 2011, en segundo lugar, tener un mínimo de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para causar la pensión o 1000 semanas en cualquier tiempo, por lo que, revisado el reporte de semanas cotizadas (f.º 133 a 142), se encuentra que registra 1292,43 en toda su vida laboral hasta el 30 de junio de 2008, por lo tanto, se concluye que cumple con las exigencias de la norma mencionada.

Ahora, en lo que respecta al Ingreso Base de Liquidación de la pensión de vejez, en este caso está sujeta a las reglas previstas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, se calcula con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión. De este modo, al realizar las operaciones del caso, encuentra la Sala que es más benéfico el promedio de los últimos 10 años, que arroja un IBL de \$4.091.772, frente al de toda la vida que equivale a \$3.411.745, al que se le deberá aplicar el 90% como tasa de reemplazo, al registrarse más de 1250 semanas (art. 20 del Ac. 049 de 1990), con lo que se obtiene una mesada inicial para el año 2011 equivalente a \$3.682.595, no obstante, al resultar tal valor superior al obtenido en primera instancia,

correspondiente a \$3.556.451,81, dicha decisión se mantendrá incólume por cuanto no fue materia de inconformidad en la alzada.

En cuanto a la prescripción estima la Sala que le asiste razón al recurrente, pues se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el art. 151 del CPTSS *“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”*, y en el caso de las mesadas pensionales, tratándose de una obligación periódica, de tracto sucesivo, que se causa mes a mes, cada una de ellas tiene una exigibilidad propia, esto es, como se paga mes vencido, cada mesada pensional se hace exigible el primer día del mes siguiente a su causación, y en consecuencia, sobre cada una de esas mesadas pensionales ha de verificarse la interrupción por un lapso igual, esto es, el momento en que se verifica su reclamación.

Lo anterior, se acompasa con lo que ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a la contabilización de los términos de la prescripción cuando hay varias reclamaciones, la Alta Corporación en sentencia CSJ SL794-2013, explicó que *“(...) la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago”*.

En tal sentido, si bien el actor había procurado la reliquidación de la pensión el 11 de octubre de 2013, según se extrae de la Resolución n.º GNR 278324 del 6 de agosto de 2014, notificada el día 13 del mismo mes y año (f.º 44 a 50), para efectos de la interrupción de la prescripción se debe tener en cuenta la solicitud elevada en el mismo sentido el 8 de octubre de 2016 (f.º 52 a 53), comoquiera que la demanda se presentó el 31 de agosto de 2017 (f.º 76), por lo que se modificará la decisión de primer grado para declarar la excepción

analizada respecto de las diferencias causadas y exigibles con anterioridad al 11 de octubre de 2013.

Corolario de lo expuesto, se condenará a la demandada a pagar al actor las diferencias que resulten entre la mesada pensional dispuesta en la Resolución n.º GNR 278324 del 6 de agosto de 2014, que para el año 2013, correspondía a \$2.835.130 (f.º 44 a 50) y la establecida en la sentencia de primer grado equivalente en esa anualidad a \$3.779.122, por lo que se precisa que el retroactivo del reajuste aquí dispuesto causado del 1º de octubre de 2013 al 31 de enero de 2022, en trece mesadas pensionales al año (Acto Legis 01 de 2005), equivale a la suma de \$122.963.656, el cual deberá ser actualizado a la fecha de pago efectivo con el IPC certificado por el DANE.

AÑO	REAJUSTE	MESADA DEBIDA	MESADA PAGADA	MESADAS	MESADAS DEBIDAS	MESADAS PAGADAS	DIFERENCIA
2011	3,17%	\$3.556.452	\$ 2.668.082	0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
2012	3,73%	\$3.689.107	\$ 2.767.601	0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
2013	2,44%	\$3.779.122	\$ 2.835.131	4	\$ 15.116.487	\$ 11.340.524	\$ 3.775.963
2014	1,94%	\$3.852.437	\$ 2.890.132	13	\$ 50.081.676	\$ 37.571.722	\$ 12.509.954
2015	3,66%	\$3.993.436	\$ 2.995.911	13	\$ 51.914.666	\$ 38.946.847	\$ 12.967.819
2016	6,77%	\$4.263.791	\$ 3.198.735	13	\$ 55.429.289	\$ 41.583.549	\$ 13.845.740
2017	5,75%	\$4.508.959	\$ 3.382.662	13	\$ 58.616.473	\$ 43.974.603	\$ 14.641.870
2018	4,09%	\$4.693.376	\$ 3.521.013	13	\$ 61.013.886	\$ 45.773.164	\$ 15.240.722
2019	3,18%	\$4.842.625	\$ 3.632.981	13	\$ 62.954.128	\$ 47.228.751	\$ 15.725.377
2020	3,80%	\$5.026.645	\$ 3.771.034	13	\$ 65.346.385	\$ 49.023.443	\$ 16.322.942
2021	1,61%	\$5.107.574	\$ 3.831.748	13	\$ 66.398.462	\$ 49.812.721	\$ 16.585.741
2022	5,62%	\$5.394.620	\$ 4.047.092	1	\$ 5.394.620	\$ 4.047.092	\$ 1.347.528
					\$ 492.266.071	\$ 369.302.415	\$ 122.963.656

A su vez, se adicionará la sentencia en el sentido de autorizar a la entidad de seguridad social a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 204 y 157 de la Ley 100 de 1993.

Intereses moratorios.- Conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos se causan a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando ésta se ha demorado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual ha de tenerse en cuenta el término previsto en el inciso final del párrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, cuatro (4) meses contados después de radicada la solicitud por el petitionerario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

A su vez, se advierte que en sentencia CSJ SL3130-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la

procedencia del pago de intereses moratorios sobre las diferencias de las mesadas pensionales no pagadas oportunamente por la entidad, indicando:

(...) es preciso subrayar que la obligación constitucional y legal de las entidades administradoras de pensiones no es solo la de pagar de manera oportuna las pensiones de sus afiliados, sino también y fundamentalmente la de pagarlas de manera íntegra, cabal y completa, pues, de lo contrario, se harán merecedoras de la imposición de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como conclusión, la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.

En este caso, se advierte que el convocante reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 26 de julio de 2012, la cual fue negada mediante Resolución GNR 018798 del 12 de diciembre de ese año (f.º 27 a 29) y posteriormente reconocida con efectividad a partir del 1º de julio de 2013, mediante acto administrativo GNR 164912 del 2 de julio de 2013, que resolvió el recurso de reposición (f.º 34 a 41) y que mediante Resolución n.º GNR 278324 del 6 de agosto de 2014, se reajustó la prestación en cuanto al disfrute y la cuantía, disponiendo el pago del retroactivo causado del 23 de julio de 2011 al 31 de julio de 2014, el cual fue incluido en nómina en septiembre de ese año (f.º 44 a 50).

De ese modo, era procedente emitir condena por los intereses moratorios procurados en la demanda, comoquiera que tal pedimento versa sobre el retroactivo antes mencionado y no sobre el reajuste dispuesto con ocasión de la ineficacia del traslado de régimen, como se indicó en la sentencia recurrida, y de otro lado, se tiene que para la fecha en la que se pretendió el reconocimiento pensional el gestor acreditaba los requisitos para que su disfrute se ordenará como se hizo en la Resolución n.º GNR 278324 del 6 de agosto de 2014.

A lo que se suma, que sobre dicha súplica no operó el fenómeno jurídico de la prescripción en la medida en que la Resolución n.º GNR 278324 del 6 de agosto de 2014, fue notificada el 13 de agosto siguiente; el pago de los intereses moratorios se deprecó el 8 de octubre de 2016 (f.º 52) y la demanda se incoó el 31 de agosto de 2017 (f.º 76).

De ese modo, los mismos deben liquidarse respecto a cada una de las mesadas y diferencias pensionales dispuestas mediante la Resolución GNR

278324 del 6 de agosto de 2014, a partir de su exigibilidad, esto es, en el caso de las causadas del 23 de julio de 2011 al 31 de octubre de 2012, a partir del 26 de noviembre de 2012, y respecto de las siguientes, a partir del primer día del mes siguiente a su causación y hasta el 31 de julio de 2014, teniendo en cuenta que el retroactivo pensional correspondiente a \$70.707.024, fue pagado en septiembre de ese año, tras su inclusión en nómina del mes anterior, aplicando para el efecto la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento del pago, que corresponde al 29% efectivo anual, para un total adeudado por ese concepto de **\$29.232.812**.

Condena en costas.- En lo que a la condena en costas se refiere, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho y se recuerda que de acuerdo con lo normado en el numeral 5º del art. 366 del CGP, la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, por lo que resulta inadmisibile estudiar el punto de apelación propuesto por Porvenir SA respecto de la cuantía de las agencias establecidas por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** y **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA** deberán devolver, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, en el entendido de **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la suma de \$122.963.656, por concepto del retroactivo de las diferencias causadas del 1º de octubre de 2013 al 31 de enero de 2022, que junto con las mesadas pensionales que se sigan causando, deberá ser debidamente indexado, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: MODIFICAR el numeral quinto de la decisión, en el entendido de **DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las diferencias surgidas en las mesadas causadas y exigibles antes del 11 de octubre de 2013.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia, en el sentido de autorizar a Colpensiones, efectuar los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, del retroactivo pensional causado a favor del demandante, según lo expuesto en las consideraciones anteriores.

QUINTO: REVOCAR el numeral séptimo de la sentencia, y en su lugar, **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la suma de \$29.232.812, por concepto de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas y diferencias causadas del 23 de julio de 2011 al 31 de julio de 2014, por lo considerado.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

OCTAVO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente híbrido:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnDkTqRj2cRGp6CMYjvb4_cBKki6bNXEFx_Q1Lrv1QUKKQ?e=ddadNO

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c019d32b4ff56f8a9b547b1b373bcfa01badf85a0f7df711d9192370c4703c28**

Documento generado en 01/02/2023 03:16:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **025 2016 00018** 01
DEMANDANTE: WHILDO LIVINGSTIN MYLES
DEMANDADAS: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
MINISTERIO DE TRANSPORTE

LITIS
CONSORTE
NECESARIO

Bogotá DC, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se condene a la demandada a reliquidar la pensión con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios comprendido entre el 1° de septiembre de 1992 y el 30 de agosto de 1993, bajo los conceptos jornal diario, auxilio de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, más la indexación de la primera mesada pensional, los reajustes del art. 143 de la Ley 100 de 1993, los intereses moratorios del art. 141 *ídem* y la indexación de las sumas debidas (págs. 5, 6 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que laboró al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte en calidad de trabajador

oficial, en el cargo de Mecánico Diesel – Gasolina IV entre el 1º de enero de 1965 y el 30 de agosto de 1993, por lo que la extinta Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución n.º 8485 del 9 de marzo de 1993 le reconoció la pensión de jubilación a partir del 1º de abril de 1992 en cuantía de \$148.767,75 de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985 con inclusión de factores salariales como asignación básica, prima de navidad y prima de servicios, pero condicionada en su disfrute a demostrar el acto administrativo de retiro; la prestación fue reliquidada en Resolución n.º 44295 del 20 de diciembre de 1993 para adicionar como factores salariales del último año de servicios entre el 1º de septiembre de 1992 y el 30 de agosto de 1993 los conceptos auxilio de alimentación y prima de vacaciones; no obstante no le incluyeron los factores detallados en la certificación expedida por el citado Ministerio el 7 de mayo de 2013, por lo que solicitó la reliquidación respectiva el 10 de octubre de 2014, pero fue negada mediante Resoluciones n.º RDP005397 y RDP016895 del 10 de febrero y 29 de abril de 2015, respectivamente (págs. 4, 5 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 16 de agosto de 2016, ordenando su notificación y traslado a la demandada (arch. 4 C01), quien contestó con oposición a lo pretendido y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de intereses moratorios, indexación o costas procesales (archs. 7, 8 *idem*).

En atención a la excepción previa propuesta por la UGPP, en audiencia del 19 de octubre de 2018, se ordenó integrar el litis consorcio con el Ministerio de Transporte, quien contestó con oposición a lo pretendido y excepcionó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa y cobro de lo no debido (archs. 14, 16, 18, 19 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, luego de celebrarse la audiencia del art. 77 del CPTSS con plena integración de la litis, solicitó que se negaran las pretensiones incoadas por el demandante y solicitó al *a quo* emitir sentencia anticipada (archs. 5, 34 *idem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 30 de noviembre de 2021, absolvió a las demandadas sin imponer costas a las partes, tras considerar que no es posible ordenar la reliquidación solicitada por cuanto se deben tener en cuenta los factores sobre lo cuales se hicieron cotizaciones, que se encuentran legalmente enlistados y no sobre otros porque resultan ser cotizaciones deficitarias y se iría en contravía de los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad, favorabilidad y progresividad en materia de seguridad social. No hizo referencia a las otras pretensiones incoadas por el demandante (archs. 38, 39 C01).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante argumentó que no es beneficiario del régimen de transición, porque adquirió su pensión antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, desde el 1º de abril de 1992, por lo que es viable reliquidar la pensión con todos los factores salariales del último año de servicios, máxime cuando la extinta Cajanal, le reliquidó la prestación como trabajador oficial en Resolución n° 44295 de 1993, pero no tomando los valores correctos devengados en su momento, según la certificación expedida por el citado Ministerio de Transporte el 7 de mayo de 2013, de ahí que la UGPP no pueda desconocer este derecho. Agregó que los factores se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978, dentro de los que se encuentra la asignación básica, el auxilio de alimentación y las primas de navidad, servicios y vacaciones. Solicitó que en caso de que no se acceda a la reliquidación pretendida, se acceda a la indexación de la primera mesada pensional

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 de abril de 2022 se admitió el recurso interpuesto; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02).

La UGPP y el demandante, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (arch. 05 C02). La Cartera Ministerial guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y de conformidad con lo previsto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de prestación de servicios o si por el contrario, como lo propone el apelante, es viable la indexación de su primera mesada

Está al margen de la discusión lo siguiente: *i)* el demandante nació el 20 de agosto de 1931 por lo que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 63 años de edad y cumplió 55 años de edad en el año 1986 (arch. 5 subcarp. 30); *ii)* laboró al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte en calidad de trabajador oficial entre el 1º de enero de 1965 y el 30 de agosto de 1993 con 12 días de interrupción y ocupó como último cargo el de Mecánico Diesel IV, tiempo en el que realizó los aportes a Cajanal (págs. 36-38 arch. 1, págs.. 19, 20, 34, 51-61, 64, 83 arch. 18, subcarp. 30 C01); *iii)* a través de la Resolución n.º 8485 del 9 de marzo de 1993 la extinta Cajanal en liquidación, le reconoció la pensión de jubilación a partir del 1º de abril de 1992 en cuantía de \$148.767,75 de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985 con inclusión de factores salariales devengados en el último año de servicios tales como asignación básica, prima de navidad y prima de servicios, pero condicionada a la acreditación del retiro definitivo del servicio, por haberse adquirido el estatus jurídico de pensionado el 20 de agosto de 1986 (págs. 13-16 arch. 1, págs.. 65-67 arch. 18 subcarp. 30 C01); *iv)* la prestación fue reliquidada en Resolución n.º 44295 del 20 de diciembre de 1993, en cuantía de \$305.870,22 efectiva a partir del 1º de septiembre de 1993, para adicionar como factores salariales los conceptos auxilio de alimentación y prima de vacaciones con base en las constancias expedidas el 1º y el 23 de septiembre de 1993 por el entonces Director Regional del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (págs.. 17-19 arch. 1, págs.. 35-45, 49, 50 arch. 18, subcarp. 30 *idem*).

En relación con los factores salariales a tener en cuenta para liquidar el IBL pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en aquellos eventos en los que los servidores públicos realizaban cotizaciones a las cajas de previsión social o al mismo ISS, estos **no** estaban obligados a efectuar aportes sobre el total de lo devengado, sino bajo los conceptos salariales que la ley fijaba para el efecto, como en su oportunidad lo hizo el art. 3º de la Ley 33 de 1985, y

posteriormente el art. 1º de la Ley 62 del mismo año, que reformó dicha disposición, pues la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de Cierre, de manera pacífica ha indicado que la normativa que debe seleccionarse a efectos de fijar los factores salariales para liquidar la pensión de jubilación, es la vigente al momento de la causación del derecho (CSJ SL13254-2016).

En tal sentido, el art. 1º de la Ley 62 de 1985 fijó los factores a tener en cuenta para pagar los aportes de los empleados oficiales de una entidad del orden nacional afiliada a cualquier Caja de Previsión y que básicamente son: *«asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes»*.

Sobre el particular, vale la pena traer a colación lo adocinado jurisprudencialmente en sentencias CSJ SL, 29 may. 2012 rad. 44206, reiterada en CSJ SL486-2013, CSJ SL4222-2017 y CSJ SL21130-2017:

«(...) de una interpretación sistemática de los artículos contenidos en la Ley 33 de 1985, con las modificaciones introducidas con la Ley 62 del mismo año, sin duda alguna, se infiere que el legislador sí estableció taxativamente los factores salariales sobre los cuales se debía aportar para tener derecho a la pensión, y, por ende, el IBL se debe determinar con base en dichos factores; la expresión de que <...las pensiones siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes>, no hace cosa distinta que reafirmar la obligatoriedad de tales factores y de los aportes para efectos de establecer el IBL»

De manera que, no tiene razón el demandante al solicitar que se incluyan todos los factores salariales devengados, porque la jurisprudencia ordinaria laboral, contrario a lo considerado anteriormente por la contenciosa administrativa, ha sostenido pacíficamente que las normas que regulan esta figura determinan taxativamente los factores salariales a tener en cuenta en este aspecto, y esto a su vez constituye una lista cerrada para la inclusión de conceptos diferentes a los allí contemplados (CSJ SL6739 y SL15084 ambas de 2014, SL3244, SL6387, SL8597 y SL10140 de 2015); potísima razón por la que no es viable efectuar una liquidación del IBL encerrando todos los factores salariales que fueron certificados como devengados, por el Coordinador del Grupo de Certificaciones para pensión y bonos pensionales del Ministerio de Transporte (págs.. 19, 20 arch. 18 C01), ni los que fueron peticionados en la pretensión 1ª declarativa de la demanda (pág. 5 arch. 1 C01), por cuanto se repite, no se encuentran relacionados dentro de la lista en mención.

El hecho de que en el contenido de los actos administrativos ya reseñados, la extinta Cajanal EICE incluyó como factores salariales la asignación básica, auxilio de alimentación y las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, conceptos que no se encuentran dentro de la disposición aplicable al demandante, no habilita a la UGPP para que continúe en el error e incluya factores distintos a los avalados legalmente para la liquidación de la prestación pensional que hoy disfruta el actor, de ahí la sinrazón de éste al hacer referencia al Decreto 1045 de 1978 para efectos de verificar los factores salariales para liquidar su prestación, pues no era la vigente al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionado y solo regía las pensiones de jubilación legales que se causaron con anterioridad a la vigencia de las Leyes 33 y 62 de 1985 (CSJ SL3134-2022). En todo caso, en gracia de la discusión la parte actora no corrió con la carga probatoria respectiva conforme los arts. 164 y 167 del CGP para acreditar que los factores que pretende le sean incluidos, hayan servido de base también para calcular los aportes respectivos, tampoco se desprende tal situación del copioso material probatorio allegado por el Ministerio de Transporte con la contestación a la demanda y en el expediente administrativo aportado (archs. 18, 29, 33 C01).

Ahora, en lo que tiene que ver con la indexación de la primera mesada pensional, precisa la Sala que aun cuando no desconoce el criterio jurisprudencial unificado y vigente acerca de la indexación de la primera mesada a todas las pensiones causadas incluso antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 sin interesar si son de origen convencional o legal, en tanto que procede frente a la devaluación del peso y el transcurso del tiempo entre la fecha en que terminó el vínculo laboral y la data del reconocimiento de la pensión (CC SU-1073-2012 y SU-131-2013, CSJ SL2382-2018 y SL2424-2018); la verdad es que en este asunto, al tratarse de una pensión de un trabajador que se desvinculó de su empleador justamente para poder disfrutar la prestación que le había sido reconocida en Resolución n.º 8485 de 1993, el salario base de liquidación no sufrió afectación alguna, dado que el reconocimiento y pago se produjo de manera concomitante a la terminación del vínculo laboral, sin que hubiere tenido que soportar el paso del tiempo para gozar de la misma, pues el vínculo se terminó el 30 de agosto de 1993 (págs. 36-38 arch. 1 C01) y la pensión de jubilación fue reconocida mediante acto administrativo expedido el 9 de marzo de 1993, para ser otorgada al momento de la acreditación del retiro definitivo del servicio (págs. 13-16 arch. 1 C01).

En consecuencia, como no se verificó el paso de tiempo del cual se pudiera predicar una notoria pérdida del poder adquisitivo de la moneda o una desmejora en la cuantía de su pensión de jubilación convencional (CSJ SL, 14 jun. 2011 rad. 47353 y SL698-2013), se confirma en este aspecto la sentencia absolutoria apelada, pues a pesar de que el *a quo* no estudió esta pretensión, según lo aquí analizado, resulta igualmente absuelta la UGPP demandada de la indexación de la primera mesada.

Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la absolución impuesta en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, pero por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnmgPrxhnOFptYT2DjAt6DoBfoOPdPqeCjxH_8BlSrkgQg?e=9CfnHB](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnmgPrxhnOFptYT2DjAt6DoBfoOPdPqeCjxH_8BlSrkgQg?e=9CfnHB)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f773b724e99a3cea6e78e77b0dde0ec38ca9e89def4a7bade7a931b01b215848**

Documento generado en 01/02/2023 03:16:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **024 2018 00024 01**
DEMANDANTE: ÁNGELA MARÍA ZÚÑIGA DÁVILA
DEMANDADAS: SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA 4-72, y como solidarias NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES SA antes SERTEMPO Ltda, COLOMBIA DE TEMPORALES SA - COLTEMPORA, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA en liquidación judicial y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS.

Bogotá DC, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante, S&A Servicios y Asesorías SAS y Servicios Postales Nacionales 4-72, contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare que mantuvo una relación de carácter laboral con Servicios Postales Nacionales SA 4-72 entre el 10 de julio de 2012 y el 31 de marzo de 2017 y que las empresas de servicios temporales Nexarte SA antes Sertempo Ltda, Coltempora SA, Optimizar Servicios Temporales SA y S&A Servicios y Asesorías SA, actuaron como simples intermediarias mientras que su verdadero empleador fue Servicios Postales 4-72; por tanto, que le asiste derecho al incremento salarial en iguales condiciones que a los trabajadores de planta de 4-72.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a Servicios Postales Nacionales SA - 4-72 y solidariamente a Nexarte SA antes Sertempo, Coltempora SA, Optimizar Servicios Temporales SA y S&A Servicios y Asesorías SA, a pagar la indemnización por terminación unilateral e injusta con base en el último salario debidamente reajustado, más el incremento de los salarios, las cesantías, las primas de servicios, intereses sobre las cesantías, vacaciones y aportes a seguridad social en pensión y salud, todas estas acreencias, teniendo en cuenta los siguientes salarios: a) del 10 de julio de 2012 al 24 de noviembre de 2013 \$2.420.368, b) del 25 de noviembre de 2013 al 31 de marzo de 2017 \$2.600.000 y c) los reajustes salariales que la Junta Directiva de Servicios Postales Nacionales - 4-72 aplica para sus empleados.

Solicitó también, se condene al pago de las indemnizaciones de los arts. 65 del CST, 99 de la Ley 50 de 1990, más los intereses por el pago incompleto de los aportes a pensión y salud, junto con la entrega de un certificado en el que figuren las funciones que desempeñó durante el tiempo que prestó sus servicios a 4-72 (pág. 12-14, 262-264 subcarp. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que el 10 de julio de 2012 ingresó como trabajadora en misión a Servicios Postales Nacionales, por medio de la empresa de servicios temporales Sertempo, hoy llamada Nexarte SA, con el cargo de Profesional Senior de Servicios Financieros, con las funciones descritas en el hecho 3; que debido a un cambio de empresa de servicios temporales, el contrato terminó el 10 de octubre de 2012, pero el día siguiente firmó nuevo contrato con Coltempora por virtud del cual desempeñó el mismo cargo e idénticas funciones. Este contrato terminó el 30 de junio de 2013; sin embargo, el día siguiente suscribió contrato con Optimizar Servicios Temporales SA y continuó siendo trabajadora en misión de Servicios Postales Nacionales en el mismo cargo.

Relató que el citado contrato terminó el 18 de septiembre de 2013; disfrutó de vacaciones hasta el 10 de octubre de 2013, fecha en que volvió a firmar contrato de trabajo con Optimizar Servicios Temporales SA para el mismo cargo y funciones hasta el 24 de noviembre de 2013 con salario de \$2.420.368, cuando terminó el contrato por cambio de empresa de servicios temporales; el siguiente día firmó contrato de trabajo con la EST S&A Servicios y Asesorías, para continuar vinculada como trabajadora en misión de Servicios Postales

Nacionales, pero en el cargo denominado Profesional de Procesos Nivel III en Servicios Financieros, con las mismas funciones y salario de \$2.600.000.

Explicó que el 8 de agosto de 2014 empezó a desempeñarse en la Jefatura Nacional de Tesorería con funciones descritas en el hecho 22. En esa anualidad, delegados de la Superintendencia de Industria y Comercio adelantaron labores de inspección en Servicios Postales Nacionales 4-72, con tal motivo se le interrogó en relación con los giros que la empresa llevaba a cabo y el Secretario General de 4-72 dio la orden a los empleados de no decir nada al respecto; sin embargo, el 27 de mayo de 2014, fue citada a una diligencia de descargos que adelantó el jefe de la oficina de control interno disciplinario de Servicios Postales Nacionales; que el contrato que traía con S&A Servicios y Asesorías terminó el 30 de diciembre de 2015, por lo que el 1º de enero de 2016 firmó un nuevo contrato con Optimizar S.A., para el cargo de Líder de Proyectos con las funciones descritas en el hecho 34 y se le informó que su salario sería de \$2.600.000 y que más adelante se firmaría un otrosí mediante el que se reajustaría a \$3.500.000, pero ello nunca ocurrió.

Refirió que el 20 de mayo de 2016 fue trasladada al área de costos de la Dirección Nacional Financiera, pero en ningún momento fue nivelado su salario, pese a que su preparación profesional es de alto nivel; que el 30 de septiembre de 2016, se terminó su contrato con Optimizar SA, pero no le fueron pagadas las cesantías ni la prima de servicios; que el 1º de octubre de 2016 celebró contrato de trabajo a término fijo de 6 meses directamente con Servicios Postales Nacionales 4-72, para el cargo de Profesional de Costos con las funciones descritas en el hecho 48, día en el cual también firmó el preaviso para que la vinculación terminara el 31 de marzo de 2017; que en ese mes recibió una resolución del Ministerio de Trabajo, mediante la que se insta a Confianza S.A. a pagar la liquidación pendiente, con motivo del seguro contratado con Optimizar SA y 4-72; en abril de la misma anualidad se le comunicó que la aseguradora interpuso recursos de ley contra la resolución del Ministerio, pero que al no haber sido decididos no le era posible atender el pago pendiente.

Manifestó que entre los años 2013 y 2017, percibió un salario de \$2.600.000, sin ningún incremento anual a excepción del tiempo en que se desempeñó como Profesional Senior de Servicios Financieros (hasta el 24 de noviembre de 2013 con salario de \$2.420.368), mientras que a sus compañeros de planta de 4-72, les fue incrementado el salario en un 2.94% en el año 2014,

el 4.66% en el año 2015 y en el año 2016 el aumento fue del 7.77%. Finalmente indicó que ha solicitado se le certifiquen las funciones que desempeñó, sin embargo 4-72 solo certificó el período correspondiente al contrato a término fijo que celebraron en forma directa (págs. 8-12, 257-262 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación la demanda se admitió el 14 de junio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas, providencia adicionada el 19 de julio de 2018 (págs. 279-281, 288 *ídem*),.

Nexarte Servicios Temporales SA, se opuso a las pretensiones. Refirió que la demandante no fue despedida sin justa causa, pues el contrato de trabajo que los unió, terminó por una causa legal como es la finalización de la obra para la que fue contratada y por ello no hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto que reclama. Señaló que entre el 10 de julio y el 10 de octubre de 2012, mientras subsistió la vinculación, la demandada actuó como verdadero empleador de la demandante y no como simple intermediaria, sin adeudarle suma alguna por concepto de derechos laborales. Propuso como excepciones las denominadas pago, compensación, inexistencia de la obligación y prescripción (págs. 331-357 subcarp. 1, págs.. 96-98 arch. 1 subcarp. 2).

S&A Servicios y Asesorías SAS, se opuso a lo pretendido en la demanda, tras señalar que si bien la relación laboral entre las partes se mantuvo del 25 de noviembre de 2013 al 30 de diciembre de 2015, ello obedeció a que el estado de embarazo que en esa época tuvo la demandante, impidió finalizar el vínculo de trabajo. Agregó que no adeuda a la actora ninguna suma correspondiente a derechos laborales. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a su cargo y en favor de la demandante y prescripción (págs. 470-475 subcarp. 1, págs.. 118-124 arch. 1 subcarp. 2).

Servicios Postales Nacionales SA, contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Refirió que la demandante solo sostuvo una relación laboral con la entidad entre el 1º de octubre de 2016 y el 31 de marzo de 2017 pero con anterioridad a esta data, la actora estuvo vinculada con empresas de servicios temporales que le suministraron personal y que actuaron como verdaderos empleadores entre el 10 de julio de 2012 y el 30 de septiembre de 2016. Formuló

como medios exceptivos los de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación laboral entre las partes, inexistencia de solidaridad entre las demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación (págs. 612-643 subcarp. 1, págs.. 99-117, 124 arch. 1 subcarp. 2).

Colombiana de Temporales S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que el contrato de trabajo que sostuvo con la demandante entre el 10 de octubre de 2012 y el 30 de junio de 2013 cumplió con todas las exigencias legales y le respetó todos los derechos salariales y prestacionales. Formuló en su defensa las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de despido, terminación del contrato de trabajo conforme a los presupuestos objetivo y legales señalados en el art. 61 del CST, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal de la actora, prescripción, inexistencia de solidaridad, compensación y falta de legitimación en la causa por pasiva (págs. 8-33, 96-98 arch. 1 subcarp. 2).

Optimizar Servicios Temporales S.A. presentó contestación en forma extemporánea, por lo que mediante auto de 26 de julio de 2019, se tuvo por no contestada (págs. 409-431 subcarp. 1, págs. 96-98 arch. 1 subcarp. 2).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (págs. 329, 330 subcarp. 1).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 13 de diciembre de 2021, declaró que entre la demandante y Servicios Postales Nacionales SA, existieron dos contratos de trabajo: entre el 10 de junio de 2012 y el 18 de septiembre de 2013, en el que se desempeñó como Profesional Senior y del 10 de octubre de 2013 al 31 de marzo de 2017, como Profesional de Procesos nivel III, con un último salario de \$3.138.379; condenó a Servicios Postales Nacionales SA y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales SA y a S&A Servicios y Asesorías SAS a pagar a la demandante las diferencias en: el auxilio de cesantías (\$822.045), los intereses a las cesantías (\$76.548), las primas de servicios (\$738.845) y las vacaciones (\$369.422), todas estas causadas en la segunda relación laboral, más las diferencias en los aportes a pensión, junto con los intereses moratorios de los mismos consignados a la AFP que informe la

demandante; condenó a Servicios Postales Nacionales SA a pagar \$8.295.761 a título de indemnización por despido injusto; absolvió a Optimizar Servicios Temporales SA y S&A Servicios y Asesorías SAS de las demás pretensiones, así como a Nexar SA y Coltempora SA de todas las pretensiones; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a Servicios Postales Nacionales SA, Optimizar Servicios Temporales SA y a S&A Servicios y Asesorías SAS.

Motivó lo decidido en que Servicios Postales Nacionales SA trasgredió las disposiciones legales que regulan la vinculación de la demandante, pues no se acreditó la causa jurídica que justificara su vinculación como trabajadora en misión por incremento en la producción o aumento en las ventas. Añadió, que las funciones para las cuales fue contratada no tenían connotación temporal, accidental o transitoria, por lo que surgió una verdadera relación laboral con la mencionada entidad regida por 2 contratos de trabajo, dado que hubo una interrupción superior a 15 días y por ello analizó las condenas con base en el CST, solo respecto de la última de las vinculaciones conforme la jurisprudencia, al resultar siendo la demandante una trabajadora particular. Declaró probada la excepción de prescripción frente a los derechos causados con anterioridad al 16 de enero de 2015, excepto los aportes a pensiones que son imprescriptibles, debido a la reclamación presentada el mismo día y mes, pero del año 2018.

Encontró acreditado que cada año la junta directiva de Servicios Postales Nacionales SA aprobó incrementos a los salarios de los trabajadores de planta de la entidad, a partir del año 2012 inclusive, por lo que la demandante también es merecedora de dichos incrementos pues no existe impedimento para excluirla de este beneficio, correspondiendo su salario a los siguientes montos: para el año 2013 \$2.600.000, en el 2014 \$2.683.200, para el 2015 \$2.864.316, en el 2016 \$2.939.934, para el año 2017 \$3.138.379, sobre las cuales procedió a liquidar las cesantías, intereses sobre las cesantías, las primas de servicios y aportes a pensión, para otorgar las correspondientes diferencias, además durante la vigencia del segundo contrato de trabajo solo se hicieron aportes a pensión sobre \$2.600.000, y no se verificó el pago de las mencionadas acreencias en forma completa.

En cuanto a las sanciones de los arts. 65 CST y 99 de la Ley 50 de 1990, que Servicios Postales Nacionales SA, actuó con buena fe por encontrarse bajo el convencimiento de estar en una relación triangular con las empresas de servicios

temporales, y que eran éstas quienes tenían a su cargo el reconocimiento de salarios y prestaciones de la demandante, pero solo en la sentencia se pudo dilucidar quién era el verdadero empleador.

Frente a la indemnización por despido injustificado señaló que, si bien hubo un contrato de trabajo a término fijo celebrado entre la demandante y Servicios Postales Nacionales, esta no acreditó que la causa del fenecimiento del vínculo hubiera sido la expiración del plazo fijo pactado. Determinó que, las empresas de servicios temporales demandadas, responderán solidariamente por las condenas, por haber fungido como simples intermediarias y según el tiempo en que cada una actuó como tal (subcarp. 4 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante señaló que no está de acuerdo con la declaratoria de dos relaciones laborales, pues con Servicios Postales Nacionales SA realmente existió un solo contrato de trabajo ininterrumpido, dado que no dejó de laborar para 4-72 en ningún momento, con la lógica ocurrencia de las vacaciones durante 15 o 18 días de vacaciones que corresponden precisamente al período que la juez de primer grado consideró como solución de continuidad mayor a quince días, de ahí que la condena por concepto de indemnización por despido injusto, debe ser cuantificada teniendo en cuenta la existencia de un solo contrato. Añadió que, en caso de que se acepte que existieron dos contratos de trabajo, los aportes a seguridad social y cesantías, causados en el año 2012 y 2013 no estarían prescritos por lo que debería decretarse su pago.

Indicó que, si bien está de acuerdo con los incrementos salariales determinados, no solo debería condenarse por el reajuste salarial para efecto del cálculo de las prestaciones sociales y aportes, sino también por las diferencias salariales entre los salarios devengados y los que realmente le correspondían entre los años 2012 y 2017, conforme lo señalado en el contrato. Solicitó otorgar las indemnizaciones moratorias de los arts. 65 CST y 99 de la Ley 50 de 1990, porque Servicios Postales Nacionales SA no actuó de buena fe, al acudir a empresas de servicios temporales cuando su vinculación no se enmarcó en las características de un servicio temporal, aunado a que con base en las diferencias salariales, las cesantías no fueron consignadas en el Fondo en debida forma, por ende, recibió unos rendimientos inferiores a los que debió haber recibido.

S&A Servicios y Asesorías SAS argumentó que con motivo del contrato de trabajo por obra o labor determinada celebrado con la demandante, que terminó el 30 de diciembre de 2015 se le pagaron a ésta todos los salarios y prestaciones de forma oportuna y de acuerdo con la cláusula salarial pactada, así como la liquidación final de prestaciones. Agregó que la demandante prestó sus servicios en misión, desarrollando su trabajo en diferentes proyectos, cargos y funciones en Servicios Postales Nacionales SA, con distintas causas originarias según el contrato comercial suscrito con esta última el 14 de noviembre de 2013, lo que justificó la prolongación de su vínculo laboral por la necesidad de colaboración temporal que hubo, aunado que su contrato se prolongó por más de un año, dado que estuvo en estado de embarazo en 2 oportunidades continuas y disfruto de las correspondientes licencias de maternidad, por ende, no debe ser condenada en forma solidaria.

Servicios Postales Nacionales SA arguyó que no se demostró que se hubiera celebrado un contrato laboral con la demandante, aunado a que el área de gestión humana certificó que el último cargo desempeñado por esta fue el Profesional de Servicios nivel III que no existe en la planta de personal que fue modificada por el Acuerdo n.º 002, lo que demuestra que se desempeñó en la entidad a raíz de la necesidad de un servicio en el área financiera y luego en el área de proyectos, con el fin de suplir unas necesidades específicas, sin que hubiera realizado las mismas funciones, ni la entidad ejerció subordinación frente a ella, sino que siempre estuvo actuando dentro del marco de la Ley 50 de 1990.

Enfatizó en que los testigos Ana Beatriz González y Roland Elías Suárez dieron cuenta de que la demandante nunca estuvo vinculada directamente con la entidad, que su cargo no hace parte de la planta de la entidad y tampoco conocían las funciones exactas de ella; señaló que lo afirmado por el testigo Abel Fernando Calderón respecto a la existencia de un trabajador de planta (Jairo Gutiérrez) que realizaba las mismas funciones de la demandante resulta ser falso, como lo constató el Jefe Nacional de Tesorería [sic] y la Dirección de Gestión Humana, por lo que solicita desconocer su declaración; estimó que no existe ninguna prueba relativa a que las funciones que desempeñó la demandante sean desempeñadas por algún trabajador de planta, lo que impide que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes e imposibilita la prosperidad de las solicitudes económicas reclamadas.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de marzo de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 03 C02).

Nexarte Servicios Temporales SA, S&A Servicios y Asesorías SAS y Servicios Postales Nacionales SA, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en las contestaciones a la demanda y sus recursos (arch. 04 C02). Las demás partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo previsto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en determinar: *i)* si Servicios Postales Nacionales SA fungió o no como verdadero empleador y las empresas de servicios temporales convocadas actuaron como simples intermediarias o como verdaderas empleadoras; *ii)* en el primer caso, si existió solución de continuidad en la relación laboral frente a la entidad demandada; *iii)* la cuantificación de la indemnización por despido; *iv)* la procedencia de los aportes a seguridad social y cesantías causados en el año 2012 y 2013, de las diferencias salariales de los años 2012 a 2017, y de las indemnizaciones según los arts. 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; y *v)* si es viable declarar solidariamente responsable a S&A Servicios y Asesorías SAS en el pago de las eventuales condenas.

En primer lugar para determinar la verdadera naturaleza jurídica del vínculo de la demandante, se debe acudir a lo dispuesto en los arts. 23 y 24 del CST, atinentes a los elementos esenciales del contrato de trabajo y a la presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo; de igual forma es necesario remitirse a la Ley 50 de 1990 en sus arts. 71 y ss, que reguló la existencia de las empresas de servicios temporales, así como las condiciones de contratación y envío de trabajadores en misión a las empresas usuarias.

En ese sentido, en el art. 77 de la última normativa en cita, se previeron los casos en los que las usuarias podían contratar con las empresas de servicios

temporales, para colaborar «en forma temporal» con el desarrollo de sus actividades, conforme las siguientes situaciones generales: *i)* para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del empleador; *ii)* para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad; y *iii)* para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más.

Vencido el plazo máximo previsto en la citada norma, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (arts. 6º del Decreto 4369 de 2006 y 2.2.6.5.6 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015), por lo que se tiene que, de contrariar dichas disposiciones, se desvirtúa el servicio temporal, la empresa usuaria tendría la calidad de verdadera empleadora y la EST, la de una simple intermediaria (CSJ SL2797-2020, SL3520-2018).

Las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salarios, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono.

En el presente caso, no fue objeto de reproche que Ángela María Zúñiga Dávila prestó sus servicios en misión a Servicios Postales Nacionales SA, a través de varios contratos de trabajo suscritos con diversas sociedades que actuaron en principio, como empresas de servicios temporales, así:

Vinculación y cargo	Fecha inicio	Fecha final	Páginas en pdf
Sertempo hoy Nexarte SA (Profesional <i>senior</i>)	10-jul-12	10-oct-12	137, 359-374 subcarp. 1 C01
Coltempora SA (Profesional <i>senior</i>)	11-oct-12	30-jun-13	138, subcarp. 1, 47-89 arch. 1 subcarp. 2 C01
Optimizar SA (Profesional <i>senior</i>)	1-jul-13	18-sep-13	139, 436, 457 subcarp. 1 C01
Optimizar SA (Profesional <i>senior</i>)	10-oct-13	24-nov-13	140, 437, 456 subcarp. 1 C01
Servicios y Asesorías SAS (Profesional de procesos nivel III)	25-nov-13	30-dic-15	141, 476-568 subcarp. 1 C01

Optimizar SA (Profesional de procesos nivel III)	1-ene-16	30-sep-16	80, 81, 84, 142, 432-435, 449-451, 458 subcarp. 1 C01
Servicios Postales Nacionales SA (Profesional de procesos nivel III)	1-oct-16	31-mar-17	126-136, 143, 240-242, 249-252, 662-672 subcarp. 1 C01

Tampoco se discutió que las citadas empresas de servicios temporales celebraron sendos contratos comerciales con Servicios Postales Nacionales SA para el suministro de trabajadores en misión, hecho que fue aceptado por las partes y consta en el material probatorio aportado, así:

Empresa contratista	n.º contrato	Fecha suscripción	Páginas en pdf
Sertempo hoy Nexarte SA	58 y 183	15-feb y 12-dic-2011	375-391, 673-680 subcarp. 1 C01
Coltempora SA	133 y 145 y su cesión frente a Optimizar SA	15-ago y 10-oct-2012	681-700, subcarp. 1 C01, 34-46 subcarp. 2 C01
Optimizar SA	169	13-dic-2012	701-709 subcarp. 1 C01
Servicios y Asesorías SAS	245	2013	569-577 subcarp. 1 C01
Optimizar SA	388	30-dic-15	92-118 subcarp. 1 C01

Sin embargo, revisado el objeto contractual de estos últimos documentos se puede verificar que es genérico, de ellos se desprende que entre las empresas se pactó el suministro de personal en misión, requerido según la necesidad, para dirección general, procesos operativos, administrativos y comerciales, en los niveles gerentes de proyecto, profesionales, técnicos, administrativos y operativos con cobertura nacional, con el fin de ser distribuido teniendo en cuenta la ubicación geográfica por la cercanía existente en las sedes de cada regional, siendo la regional de Bogotá DC la perteneciente a los grupos n.º 1 y 2, centros A y B.

Aunado a ello, en los contratos de trabajo por duración de obra o labor determinada que la demandante suscribió con cada empresa, no se especificaron en detalle las obligaciones y funciones que debería evacuar en los mencionados cargos para los cuales fue contratada, como sí se precisó en el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año firmado directamente con Servicios Postales Nacionales SA (págs. 128-134, 663-669 subcarp. 1 C01), simplemente se indicó como objeto genérico de los mismos, que el empleador contrata los servicios personales del trabajador para desempeñar en forma exclusiva las funciones inherentes a los cargos detallados en calidad de trabajador en misión, así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas a los cargos, conforme los reglamentos, órdenes e instrucciones que le imparta tanto el empleador como la

empresa usuaria 4-72 o sus representantes. El único contrato en el que en la descripción de la labor se expresó que sería por incremento de trabajo, fue el celebrado con Coltempora el 11 de octubre de 2012.

Como pruebas, se recaudaron declaraciones solicitadas por la parte actora, como el testimonio de Ronald Elías Suárez Álvarez, Jefe Nacional de Contabilidad e Impuestos de Servicios Postales Nacionales SA, quien afirmó conocer a la demandante desde el año 2013 hasta el 2017 cuando ella dejó de prestar sus servicios, porque desempeñó sus labores en diferentes áreas de la entidad y para la parametrización del nuevo sistema de costos, tesorería y contabilidad. Aunque no conoció en detalle las funciones que desarrolló dado que en la entidad hay más de 1500 personas entre vinculados con empresas temporales y de planta, sí le consta que trabajó en las áreas de tesorería y costos que son transversales al proceso financiero; relató que no tiene presente el tipo de vinculación de la demandante, pero tiene conocimiento de que la entidad siempre ha vinculado personal por medio de empresas temporales.

Declaró Ana Beatriz González Sánchez quien desempeñó como último cargo, el de Profesional de Procesos Nivel I en operaciones financieras para Servicios Postales Nacionales SA entre los años 2014 y 2019, conoció a la demandante en el año 2014 mientras desempeñó labores en la Jefatura de Tesorería, con el fin de manejar información confidencial de 4-72 y colaborar en análisis financieros que discutía posteriormente con el jefe de área, lo que le consta porque también estuvo inicialmente en esa área, tenían oficinas contiguas y se acompañaban en la hora del almuerzo. Le consta además, que la actora también trabajó en el área operativa de proyectos lo que considera era un poco más cercano a su nivel académico y luego, fue devuelta al área de costos, en un perfil mucho más bajo y con funciones más básicas o auxiliares en donde la demandante debía sistematizar los números de los proyectos y aprobarlos, sin embargo, aclaró que todas estas áreas hacen parte de operaciones financieras. Señaló que en la entidad hubo personal de planta con perfiles profesionales más bajos que la actora, cumpliendo exactamente sus mismas funciones, pero les era reconocido un salario superior, sin que a la demandante le hubieran modificado alguna vez su sueldo entre el cambio de una y otra área, como alguna vez se lo prometieron y en todo caso, no le volvieron a prorrogar su contrato en el año 2017. Tiene conocimiento de que para estar en el área financiera, que es muy delicada por la información que se maneja, es necesario tener un contrato directo

con 4-72 o por empresa de servicios temporales, por ende, no puede ser gente externa.

El testigo Abel Fernando Calderón Tovar, informó que inicialmente trabajó para Servicios Postales Nacionales SA por medio de empresas temporales y en el año 2009 se vinculó directamente con la entidad, por ende, su cargo actual nuevamente es el de Jefe Nacional de Tesorería. Conoció a la demandante en el año 2013, quien por disposición del Director Financiero de la época y de la Vicepresidencia de Soporte Corporativo, fue trasladada a desempeñar funciones en el área financiera, debido a un ilícito que se presentó con quien se desempeñaba como jefe de tesorería en el momento; dijo que cuando la demandante se desempeñó en la jefatura de tesorería, sus funciones consistían en la elaboración diaria del flujo de caja, giros, verificar las transacciones bancarias, revisar los saldos diarios en los bancos, hacer pagos, tomar decisiones de acuerdo a ese flujo para disponer de los recursos y cumplir con las obligaciones de la entidad, y las otras funciones normales de esa área en donde fueron compañeros de trabajo en tesorería hasta junio de 2015, porque él era Jefe Nacional de Tesorería y estaba a cargo de dicha área, sin tener queja alguna en relación con el desempeño de la demandante. Indicó que antes de esa época la demandante se desempeñaba en el grupo de servicios financieros y cuando él fue trasladado como Jefe Nacional de Facturación y Cartera, ella continuó en tesorería, pero se enteró que mucho tiempo después, fue trasladada al área de proyectos, sin constarle las funciones que allí desarrolló. Explicó que una poca parte del personal estaba directamente en la planta de 4-72, otras personas eran vinculados mediante contratos administrativos y los demás, la mayoría, a través de empresas de servicios temporales. Finalmente, añadió que como volvió a desempeñarse como Jefe Nacional de Tesorería, actualmente le consta que las funciones que desarrolló la demandante, las ejecuta John Javier Gutiérrez, quien inicialmente estaba con contrato a término fijo y luego le hicieron firmar uno a término indefinido.

Acorde con el art. 221 del CGP, los testigos indicaron con claridad y coherencia los motivos por los cuales les constó lo relatado en cuanto a las labores que desarrolló la demandante, quien antes del 1º de octubre de 2016 no había sido contratada en forma directa por 4-72; y, contrario a lo manifestado por esta entidad en su apelación, ninguna de las pruebas recaudadas desdice lo manifestado especialmente por Abel Fernando Calderón, quien justamente para la época en que rindió su declaración (21 de mayo de 2021) estaba vinculado

directamente con Servicios Nacionales Postales, y además, fungía como Jefe Nacional de Tesorería.

Las únicas pruebas que obran en el plenario relacionadas con la Dirección de Gestión Humana de 4-72, son las visibles en las páginas 126 a 136, 143, 249 a 252 y 662 del archivo 1 en la subcarpeta 1 C01 y en las páginas 36 y 37 del archivo 1 en la subcarpeta 3 C01, pero de ninguna de ellas se desprende lo indicado en la apelación; antes bien, estas documentales precisamente fueron firmadas por María Yaneth Galindo Barbosa, en calidad de Directora Nacional de Gestión Humana, y hacen alusión al cargo de la demandante, el salario, el contrato de trabajo y su terminación, junto con las funciones que desarrolló mientras estuvo vinculada en forma directa con 4-72, que son genéricas y no distan de las específicas detalladas por los testigos.

Aunado a ello, las manifestaciones de los declarantes reafirman lo aducido por la demandante en su interrogatorio de parte, pues indicó que prestó servicios en forma ininterrumpida a 4-72, entidad en donde la jefe encargada de servicios financieros le hizo la entrevista para la respectiva selección y contratación en el área de operaciones y logística, y que los aportes a seguridad social, cesantías y demás acreencias laborales, fueron cancelados, a través de las empresas de servicios temporales a las cuales estuvo vinculada mientras desarrolló esas labores, aun cuando una de ellas no lo hizo en el tiempo correspondiente, salvo el último período, pues tales pagos fueron realizados directamente por 4-72; por tal motivo, admitió por una parte, que S&A Servicios y Asesorías SAS, Coltempora y la liquidadora de Optimizar, no le quedaron debiendo dinero alguno, y por otra, que la enviaron a vacaciones por 15 días durante todo el tiempo laborado.

La demandante informó que entró a desempeñarse como Profesional *senior* en el área de la Jefatura Nacional de Servicios Financieros y de Tesorería, y como tal debía estar pendiente de los giros nacionales, los internacionales y por la red propia, manejaba los corresponsales bancarios, coordinaba las oficinas a nivel nacional en cuanto a los saldos y la relación comercial que existía entre 4-72 y Bancolombia o Colpensiones y Positiva, por ende, se encargaba de los pagos a pensionados a nivel nacional, manejó flujo de efectivo y de caja en tesorería y de las cuentas bancarias nacionales e internacionales de 4-72 con Banco de Bogotá, efectuó reportes ante el Banco de la República, también hizo el acompañamiento en el proceso de fraude interno en el área de tesorería que percibió el

Vicepresidente de Soporte Corporativo, incluso fue citada a algunas audiencias en los años 2019 y 2020.

Agregó que estuvo un tiempo como Profesional de Procesos Nivel III en la Gerencia de Proyectos, donde apoyó lo relacionado con la internacionalización de la marca, hizo una consultoría para la firma auditora Deloitte, para hacer un flujograma o cronograma de ese proyecto de internacionalización y estudio de mercadeo; luego se devolvió a Vicepresidencia de Soporte Corporativo para apoyar el área de costos y finalmente le comunicaron que podía pasarse directamente a trabajar con 4-72. No obstante, sostuvo que a pesar de que la cambiaban de empresa de servicios temporales de un día para otro, siempre tenía el mismo puesto en forma continua sin que presentara renuncia alguna. Indicó que David Andrés Sánchez, efectuó las mismas funciones que ella, quien inició como Profesional y era empleado de planta, pero posteriormente se convirtió en su jefe en Servicios Financieros y luego en el área de Tesorería, mientras ella estaba vinculada con una de las empresas de servicios temporales. Sostuvo que la entidad se dio cuenta de la importancia de contratar al personal en forma directa, cuando hubo tantos fraudes y no lograban verificar los vínculos directos para endilgar la responsabilidad en ello.

Así las cosas, con base en el material probatorio recaudado, se pudo establecer que la demandante desarrolló funciones en favor de Servicios Postales Nacionales SA, en las áreas denominadas financiera, costos y proyectos, sin que se haya acreditado que dichas labores se dieron en desarrollo de circunstancias excepcionales o cuáles fueron las necesidades del servicio específicas en las áreas financiera, tesorería o proyectos que no hubieran podido ser suplidas con el personal de planta, o si era para efectos de llevar a cabo trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, pues tales precisiones ni siquiera están contenidas con detalle y exactitud en los contratos comerciales celebrados con las empresas de servicios temporales, como para deducir que en efecto se trataba de actividades que se encuentran claramente definidas en el art. 77 de la Ley 50 de 1990.

Y si bien las contrataciones suscritas con cada empresa de servicios temporales no superaron el máximo legal permitido de un año, lo cierto es que al día siguiente de terminar el contrato con una EST, la demandante firmó un nuevo contrato con una empresa distinta, pero siempre era contratada para desempeñar el mismo cargo hasta el 24 de noviembre de 2013 (Profesional

senior), pues luego de esa data ejecutó el cargo de Profesional de Procesos Nivel III bajo 2 empresas de servicios temporales, denominación que conservó incluso cuando fue contratada en forma directa por Servicios Postales Nacionales SA; lo que permite concluir que las actividades desarrolladas por la demandante no eran en transitorias. Es más, la contratación directa con la entidad no trajo como consecuencia que el tipo de vinculación de la demandante fuera modificada sustancialmente, pues pasó de tener contratos de trabajo por obra o labor determinada a un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con temporalidad determinada hasta el 31 de marzo de 2017. para el mismo cargo, y el mismo día de suscripción del contrato, la Directora Nacional de Gestión Humana de 4-72, María Yaneth Galindo Barbosa, le entregó la carta de terminación de ese contrato por expiración del plazo fijo pactado para dar un cumplimiento aparente al preaviso legal (págs. 135, 136, 663-669 subcarp. 1 C01).

Aunado a lo anterior, esta Sala encuentra que las actividades que desarrolló la demandante están íntimamente relacionadas con el giro ordinario de las actividades de la entidad demandada, como se colige de lo manifestado por los testigos y del certificado de existencia y representación, cuyo objeto social se desprende el alusivo a «(...) servicios postales de pago, (...) mercadeo, (...) actuar como corresponsal no bancario (...), prestar todos los servicios postales de pago (...), admitir, cursar y pagar los giros nacionales e internacionales, cobranza y recaudo de dineros o valores generados a propósito de la prestación de servicios postales, (...) girar, adquirir, cobrar, aceptar, cancelar o pagar letras de cambio, cheques, pagarés, en general cuales quiera títulos valores o aceptarlos en pago, (...) gestión económico - financiera» (págs. 24-46 arch. 1 C01); por ende, no eran ni son transitorias, sino que cubrían necesidades de carácter permanente de la empresa usuaria 4-72.

Lo anterior, implica que, tal como lo advirtió la juez de primer grado, en el caso que nos ocupa se verificó una indebida contratación que conlleva a tener a Servicios Postales Nacionales SA como el verdadero empleador de la demandante, y a las empresas de servicios temporales como responsables solidarias, al haber actuado como simples intermediarias para que la demandante prestara sus servicios en aquella entidad; de ahí que Ángela María Zúñiga Dávila sea considerada como trabajadora de 4-72, siendo regulada su prestación de servicios por las normas del CST, teniendo en cuenta que la mencionada entidad es una sociedad pública del orden nacional, del sector descentralizado por servicios, vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, creada bajo la forma de sociedad anónima con un régimen

jurídico sujeto a las disposiciones del derecho privado, respecto de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros, y como una filial de la Empresa Industrial y Comercial del Estado hoy liquidada y denominada Administración Postal Nacional "Adpostal" (arts. 1º del Decreto 4310 de 2005, 1º deñ Decreto 2854 de 2006, 38, 49 y 94 de la Ley 489 de 1998 – CC C-691-2007, CSJ SL4430-2019, por lo que la Sala acompaña la decisión que en este sentido adoptó la *a quo*.

Ahora, en primera instancia se declaró la existencia de 2 contratos de trabajo entre la demandante y Servicios Postales Nacionales SA 4-72, en los extremos temporales atrás mencionados, con el argumento de que hubo una interrupción superior a 15 días; sin embargo, difiere la Sala de la interpretación dada por la *a quo* a la regla jurisprudencial fundamento de su decisión, dado que justamente las interrupciones breves, generadas por la suscripción de diferentes contratos, no deben desfigurar la continuidad en la prestación de los servicios del trabajador, si se trata de cortes efimeros e intrascendentales (CSJ SL 7 jul. 2010, rad. 36897, SL8936-2015).

En este caso, los 21 días calendario que transcurrieron entre el tercer y cuarto contrato que suscribió la demandante (del 19 de septiembre al 9 de octubre de 2013), en los que no prestó servicios, distan de ser una interrupción seria y significativa en este caso en particular, más aún si se tiene en cuenta que los servicios personales se prestaron en total durante casi 5 años, lo que permite concluir que el vínculo se desarrolló en forma continua e ininterrumpida entre el 10 de julio de 2012 y el 31 de marzo de 2017, pues realmente, aquel corto cese se traduce mejor y de manera razonable, en 15 días hábiles contabilizados, que corresponden a un periodo de vacaciones a que tienen derecho los trabajadores por cada año de servicio prestado (art. 186 del CST - CSJ SL 18 nov. 2009 rad. 37321); y en este punto, es necesario indicar que no existe disposición normativa que consagre de forma expresa la suspensión del contrato en virtud de las incapacidades por enfermedad o accidente de origen común o de las licencias de maternidad que disfrutó la demandante (pág. 141 arch. 1 C01) mientras estuvo vinculada con S&A Servicios y Asesorías, como parece entenderlo equivocadamente esta sociedad en su apelación. Como consecuencia de ello, se **modificarán** los extremos temporales mencionados en el numeral **primero** de la sentencia apelada, para concluir que entre la demandante y 4-72 existió un solo contrato de trabajo a término indefinido vigente entre las mencionadas fechas.

Lo anterior conlleva a **modificar** la condena impuesta por la *a quo*, únicamente respecto de los conceptos apelados por la parte actora, es decir, la indemnización por despido, los aportes a seguridad social y las cesantías, y a **adicionar** la decisión apelada en cuanto a las diferencias salariales, debido a que en efecto, se omitió emitir pronunciamiento en primera instancia frente a ello, habiendo sido solicitado dentro de las pretensiones cuarta declarativa y segunda condenatoria (págs. 13, 262, 263 arch. 1 subcarpeta 1 C01). Esto último, con la precisión de que como la jueza encontró acreditado con la certificación de la Directora Nacional de Gestión Humana adjunta al correo electrónico remitido al despacho el 19 de mayo de 2021 por 4-72, que la junta directiva de Servicios Postales Nacionales SA aprobó porcentajes de incrementos a los salarios de los trabajadores de planta de la entidad, entre los años 2012 a 2021 inclusive, lo que se constata en la página 35 del archivo 1 en la subcarpeta 3 C01, lo procedente era otorgar las diferencias salariales entre lo que la demandante recibió mensualmente y lo que debió haber recibido en virtud de esos aumentos con los que fueron reajustadas las acreencias laborales pagadas, sin que tales aspectos hayan sido objeto de reproche por parte de las encartadas, como tampoco lo atinente a la prescripción declarada a 16 de enero de 2015.

Frente a este último punto, el de la prescripción, han de indicarse dos cosas: *i)* que ni los aportes a pensión ni su reajuste prescriben (CSJ SL3004-2020); y *ii)* aun cuando el auxilio de las cesantías es exigible al momento de la finalización de la relación laboral (CSJ SL7915-2015, SL297-2018), para el caso bajo estudio se está solicitando la reliquidación de las cesantías a partir de la declaración del reconocimiento de los incrementos salariales aprobados por la junta directiva de 4-72 y que debieron ser recibidos por la demandante en forma mensual, de modo que como no se trata del reconocimiento como tal de la prestación social sino de su reliquidación por diferencias salariales.

Así las cosas, el salario del año 2012 no se reajusta, pues fue la primera anualidad en la que la demandante prestó sus servicios y devengó \$2.420.000 según lo certificado por Nexarte SA (pág. 367 arch. 1 subcarp. 1 C01), monto que es cercano a lo indicado en el hecho 16 y la pretensión condenatoria 4.a. de la demanda (págs. 9, 13 *ídem*); por ende, no existen diferencias salariales para esa anualidad que por demás estarían prescritas por haberse causado con anterioridad al 16 de enero de 2015, ocasionando que los reajustes de cesantías originados antes de esta data estén afectados del fenómeno extintivo.

Los aportes de julio a diciembre de 2012 debieron liquidarse con ese monto (\$2.420.000), empero ello no ocurrió a cabalidad dado que el mes de octubre fue calculado sobre \$1.936.000; de ahí que deban efectuarse los aportes deficitarios de este ciclo, así como los realizados entre enero de 2013 y marzo de 2017, a entera satisfacción de la AFP a la cual se encuentre actualmente afiliada la demandante, junto con los intereses moratorios respectivos y con base en los salarios declarados por la *a quo* en la medida en que se consignaron todos los períodos sobre un IBC de \$2.600.000 excepto enero a noviembre de 2013 en los que se liquidaron sobre valores inferiores (págs. 168-199, 243-248 arch. 1 subcarp. 1 C01).

La indemnización por despido fue calculada por un período de 3 años y un poco más de 5 meses; al haber sido modificados los extremos del vínculo debido a la unicidad contractual que aquí se estableció, es necesario ajustarla para liquidarla al tenor de lo dispuesto en el art. 64 del CST por un lapso de 4 años 8 meses y 21 días.

Ahora, en relación con las indemnizaciones reguladas en los arts. 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual y de consignar en forma anual las cesantías total o parcialmente, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles y razonables (CSJ SL1285-2016 y SL572-2021).

No obstante se verificó que, por parte del personal directamente vinculado con Servicios Nacionales Postales SA, se emitían órdenes concretas a la demandante para ejecutar sus funciones siempre en el área financiera, sometiendo su actividad personal al control y seguimiento de jefes inmediatos, lo que en principio, dada la modalidad en que fue contratada, resultaría válido, sino fuera porque a través de las distintas empresas de servicios temporales aquí demandadas, se utilizó en forma fraudulenta ese tipo de vinculación, que tiene carácter transitorio y excepcional en el ordenamiento jurídico, para cubrir con trabajadores en misión funciones permanentes en la entidad, lo que denota mala fe de 4-72, sin que hubiera esgrimido en su defensa razones de peso o, por lo

menos convincentes, que justificaran una creencia razonable de estar actuando bajo el amparo de la legislación laboral, en la medida en que tampoco fue aportado al plenario la certificación aducida en la apelación, relacionada con que el cargo de Profesional de Servicios nivel III no existe en la planta de personal que según su dicho, fue modificada por el Acuerdo n.º 002.

Al contrario, la documental aportada demuestra que la demandante desempeñó ese cargo desde antes de haber sido vinculada en forma directa a 4-72, siendo claro que el hecho de haber efectuado algunas reestructuraciones en la planta de personal, y que por tal motivo la demandante tuvo bastante movilidad entre distintas áreas del grupo financiero, no resulta ser un justificante para haber desconocido las prescripciones de orden legal en cuanto a la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales. Aunado a que precisamente, uno de los beneficios que la demandante perdió en vigencia del vínculo contractual, fue haber tenido el derecho a que su remuneración hubiera sido reajustada anualmente desde el año 2013 y con ello, a disfrutar de sus acreencias y aportes a seguridad social en forma completa.

Por tal motivo, hay lugar a ordenar el pago de estas dos indemnizaciones, la primera calculada a razón de \$104.612 diarios entre el 1º de abril de 2017 y el 31 de marzo de 2019 y a partir del 1º de abril de 2019, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se verifique pago de las sumas adeudadas por diferencias en los salarios, en las cesantías y en las primas de servicio, por haber sido interpuesta la demanda dentro de los 24 meses siguientes al fenecimiento del vínculo laboral (16 de enero de 2018 – pág. 254 arch. 1 subcarp. 1 C01); y la sanción del art. 99 de la Ley 50 de 1990, que procede tanto la no consignación como por el pago deficitario o parcial de las cesantías (CSJ SL3614-2020, SL1451-2018, SL403-2013) y es objeto de prescripción (CSJ SL 24 ago. 2010 rad. 34393, SL 1º feb. 2011 rad. 35630), aunado a que al resultar afectados de este fenómeno extintivo los reajustes a las cesantías causadas para el año 2014, se causaría por el reajuste del auxilio de cesantía de 2015, a partir del 15 de febrero de 2016 al 14 de febrero de 2017, y por el 2016 del 15 de febrero al 31 de marzo de 2017, cuando finalizó el vínculo. En ese sentido se **revocará** la decisión apelada en estos 2 ítems.

Con base en lo anterior, los valores a favor de la demandante y sobre los cuales se **modificará** y **adicionará** la sentencia de primera instancia, son los

siguientes:

	AA	MM	DD
Fecha inicio:	2012	7	10
Fecha final:	2017	3	31
Total Días:			1702

2012		
Base de liquidación		\$ 2.420.000
Días Laborados:		172

2013		
Base de liquidación		\$ 2.600.000
Días Laborados:		360

2014		
Base de liquidación		\$ 2.686.200
Días Laborados:		360

2015		
Base de liquidación		\$ 2.864.316
Días Laborados:		360

2016		
Base de liquidación		\$ 2.939.934
Días Laborados:		360

2017		
Base de liquidación		\$ 3.138.379
Días Laborados:		91

Prescripción: acreencias causadas antes del 16 de enero de 2015

	Año	Valor a liquidar anualmente	Valor cancelado anualmente	Saldo insoluto anual	Prescritas
2.a) Reajuste Cesantías	2012	\$ 1.156.222	\$ 611.722	\$ 544.500	Prescritas
	2013	\$ 2.600.000	\$ 1.086.959	\$ 1.513.041	
	2014	\$ 2.686.200	\$ 2.568.704	\$ 117.496	
	2015	\$ 2.864.316	\$ 2.600.000	\$ 264.316	
	2016	\$ 2.939.934	\$ 1.950.000	\$ 989.934	
	2017	\$ 793.312	\$ 664.444	\$ 128.868	
		Total no prescrito	\$ 793.312	\$ 664.444	

	Cesantías año	Fecha inicial	Fecha final	Valor a liquidar	Prescritas	
2.e) Sanción por no consignación completa de las cesantías artículo 99 de la Ley 50 de 1990	2012	15-feb.-2013	14-feb.-2014	\$ 29.040.000	Prescritas	
	2013	15-feb.-2014	14-feb.-2015	\$ 31.200.000		
	2014	15-feb.-2015	14-feb.-2015	\$ 32.234.400		No causada por sustracción de materia
	2015	15-feb.-2016	14-feb.-2016	\$ 34.371.792		
	2016	15-feb.-2017	31-mar.-2017	\$ 4.605.897		
	2017			N.A.		
			Total no prescrito	\$ 38.977.689		

	Año	Nº Días al año:	Valor a liquidar anualmente	Valor cancelado anualmente	Saldo insoluto anual	Prescritas
2.f) Salarios insolutos por diferencias ante incrementos anuales aprobados por junta directiva	2012	172	\$ 13.874.667	\$ 13.874.667	\$ -	Prescritas
	2013	360	\$ 31.200.000	\$ 31.200.000	\$ -	
	2014	360	\$ 32.234.400	\$ 31.200.000	\$ 1.034.400	
	De 1 a 15-ene-2015	15	\$ 1.432.158	\$ 1.300.000	\$ 132.158	
	De 16-ene a 31-dic-2015	345	\$ 32.939.634	\$ 29.900.000	\$ 3.039.634	
	2016	360	\$ 35.279.208	\$ 31.200.000	\$ 4.079.208	

	2017	91	\$ 9.519.750	\$ 7.886.667	\$ 1.633.083
	Total no prescrito		\$ 156.479.816	\$ 146.561.333	\$ 8.751.925

2.g) Sanción art. 65 CST	01-abr-17	31-mar-19	\$ 75.321.096
---------------------------------	-----------	-----------	----------------------

3) Indemnización art. 64 CST	Días	104,56	\$ 10.937.832
-------------------------------------	------	--------	----------------------

Gran Total General:	\$ 135.371.660,03
----------------------------	--------------------------

Más aportes en pensión deficitarios de los ciclos oct-2012, ene-2013 a mar-2017 a entera satisfacción de la AFP, e intereses moratorios del art. 65 a partir del 1-abr-2019 hasta cuando se verifique el pago de las sumas adeudadas por diferencias en los salarios, en las cesantías y en las primas de servicio.

Por último, en relación con la solidaridad declarada por la *a quo*, considera la Sala que al quedar plenamente acreditado que las empresas temporales demandadas actuaron como simples intermediarias, resultan obligadas a responder solidariamente por las obligaciones a cargo de la usuaria, al tenor de lo dispuesto en el num. 2º del art. 35 del CST, por haber ocultado su calidad y debido a esa mala práctica, por la que la usuaria ficticia se consideró como verdadera empleadora de la demandante. En consecuencia, en este punto, no solo se **confirmará** lo decidido en primera instancia, sino que se **adicionará** en el sentido de incluir dentro de esta responsabilidad solidaria a Sertempo hoy Nexarte SA y Coltempora SA, respecto de la condena al reajuste de los aportes en pensiones, por los periodos en los que fungieron como simples intermediarias.

En estos términos quedan estudiados los recursos de apelación interpuestos por las partes. Costas en la alzada a cargo de las demandadas apelantes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de **declarar** que entre Ángela María Zúñiga Dávila y Servicios Postales Nacionales SA, existió un solo vínculo laboral regido por un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 10 de junio de 2012 y el 31 de marzo

de 2017, mediante el cual la demandante desempeñó como último cargo el de Profesional Procesos Nivel III y debió obtener como última remuneración la suma de \$3.138.379, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: MODIFICAR parcialmente el numeral **segundo** de la sentencia apelada, en lo atinente a la responsabilidad solidaria en las condenas y el literal **a)** relativo al reajuste de las cesantías; así mismo **ADICIONAR** al mismo numeral, los literales **e)** a **g)** respecto de las condenas aquí estudiadas. Por ende, se **condena** a Servicios Postales Nacionales SA y en forma solidaria, a Optimizar Servicios Temporales SA y a S&A Servicios y Asesorías SAS, al pago de las acreencias laborales en favor de la demandante y que no se encuentran prescritas:

a) \$ 1.383.118 por concepto de reajustes en el auxilio de las cesantías causados a lo largo del vínculo laboral.

e) \$ 38.977.689 por concepto de sanción por no consignación completa de las cesantías.

f) \$ 8.751.925 por concepto de salarios insolutos por diferencias ante incrementos anuales aprobados por junta directiva.

g) \$ 75.321.096 por concepto de indemnización moratoria liquidada a razón de \$104.612 diarios entre el 1º de abril de 2017 y el 31 de marzo de 2019, y a partir del 1º de abril de 2019, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se verifique pago de las sumas adeudadas por diferencias en los salarios, en las cesantías y en las primas de servicio.

Los literales **b), c) y d)** quedan incólumes, conforme lo expuesto en parte motiva.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **tercero** de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a Servicios Postales Nacionales SA a reconocer en favor de la demandante la suma de **\$10.937.832** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, conforme lo expuesto.

CUARTO: MODIFICAR y PRECISAR el numeral **cuarto** de la sentencia apelada, para **condenar** a Servicios Postales Nacionales SA y en forma solidaria, respecto de los periodos en los que fungieron como simples intermediarias, a Optimizar Servicios Temporales SA, a S&A Servicios y Asesorías SAS, a Sertempo hoy Nexarte SA y a Coltempora SA, al pago del reajuste de los aportes en

pensiones, que deberán ser consignados a entera satisfacción del fondo de pensiones al que se encuentre actualmente afiliada la demandante, junto con los intereses moratorios respectivos frente a los siguientes períodos y conforme los ingresos base de cotización que a continuación se detallan:

Ciclo	IBC
oct-12	\$ 2.420.000
ene-13	\$ 2.600.000
feb-13	\$ 2.600.000
mar-13	\$ 2.600.000
abr-13	\$ 2.600.000
may-13	\$ 2.600.000
jun-13	\$ 2.600.000
jul-13	\$ 2.600.000
ago-13	\$ 2.600.000
sep-13	\$ 2.600.000
oct-13	\$ 2.600.000
nov-13	\$ 2.600.000
Año 2014	\$ 2.686.200
Año 2015	\$ 2.864.316
Año 2015	\$ 2.939.934
Año 2017	\$ 3.138.379

SEXTO: REVOCAR el numeral **sexto** de la sentencia apelada, para en su lugar **condenar** a Sertempo hoy Nexarte SA y a Coltempora SA, de manera solidaria al pago de las acreencias descritas en el numeral cuarto de la presente sentencia.

SÉPTIMO: ADICIONAR el numeral **octavo** de la sentencia apelada, con el fin de **condenar** de igual forma a Sertempo hoy Nexarte SA y a Coltempora SA, al pago de las costas procesales impuestas en primera instancia.

OCTAVO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada.

NOVENO: Costas en la alzada a cargo de las demandadas apelantes Servicios Postales Nacionales SA y S&A Servicios y Asesorías SAS.

DÉCIMO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Em5I-

[QNyrxcGmqy24mLsogoB8FJDdaWKtMd2J0SjuIms2A?e=4wGCjK](https://my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Em5I-QNyrxcGmqy24mLsogoB8FJDdaWKtMd2J0SjuIms2A?e=4wGCjK)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d2e036eab880337885118af2ffcae0dc3a4726bb110506c04896e2e9959e8f5a**

Documento generado en 01/02/2023 03:16:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **023 2021 00294 01**
DEMANDANTE: LILIA INÉS BOCANEGRA GÓMEZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de los puntos no apelados y discutidos en la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en agosto de 1996 ante Porvenir SA, por falta de información y buen consejo; en consecuencia, se le ordene regresar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos financieros, bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, gastos de administración e intereses; a su vez, que se ordene a Colpensiones tenerla como su afiliada en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad (pág. 3 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 24 de abril de 1961; estuvo afiliada al extinto ISS entre el 1º de marzo de 1982 y el 30 de septiembre de 1996, y acumuló 589.43 semanas; en agosto de 1996 se trasladó del RPMPD a la AFP Porvenir SA, dado que le ofrecieron beneficios superiores, pero sin indicarle el capital necesario para poderse pensionar; no le informaron que se realizarían inversiones con su dinero, ni qué tipo de riesgo tendría ello; tampoco le efectuaron una proyección de su mesada pensional en ese momento ni las comparaciones de beneficios y desventajas de uno y otro régimen; solicitó el 3 de marzo de 2021 tanto a Porvenir SA como a Colpensiones la ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS, lo cual fue negado el 10 y el 25 de marzo siguientes. Finalmente agregó que Porvenir SA le efectuó una simulación pensional en la que le indicaron que a los 62 años de edad podría obtener una mesada de \$908.526, mucho menor a la que recibiría en el RPMPD de conformidad con la Ley 797 de 2003 (págs. 3-5 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 17 de agosto de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 3 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (págs.. 1-26 archs. 5, 8 *ídem*)

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe (págs. 1-18 archs. 6, 8 *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 7 *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS y que la demandante se encuentra afiliada al RPMPD; en consecuencia, condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, rendimientos financieros, frutos e intereses, gastos de administración en forma indexada; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir SA.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS; señaló que a pesar de que se allegó el formulario de afiliación suscrito por la demandante, dicha documental no era prueba de la información que debió ser suministrada al momento del traslado, ya que se trataba de un formato preimpreso (archs. 12, 13 C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, argumentó que la jurisprudencia a la que acudió el *a quo* no puede ser aplicada en todos los casos en donde se solicite la nulidad del traslado, pues las situaciones fácticas allí planteadas no son similares a las del presente caso, máxime cuando la demandante se trasladó en forma libre y voluntaria, sin presión alguna por parte del fondo, quien cumplió con la normativa vigente para ese momento, mientras que las leyes a que hace referencia el cumplimiento del deber legal de información fueron proferidas con posterioridad; por lo tanto considera que la demandante sí contó con una asesoría profesional, clara, veraz y completa para poder tomar una decisión consciente al firmar el formulario respectivo aceptando todas las implicaciones que ello tenía, de conformidad con el art. 97 del Decreto 663 de 1993. Por otro lado, solicitó que no se le ordene devolver los rendimientos financieros ni los gastos de administración, pues justamente son propios del RAIS que si la demandante hubiera permanecido afiliada al RPMPD no los hubiera recibido y por demás, contraviene lo dispuesto en el art. 897 del CoCo; en todo caso, el fondo efectuó una buena administración de los dineros invirtiéndolas en cumplimiento de la ley para garantizar la

rentabilidad mínima de los mismos, por ende, dichas sumas ya no se encuentran en su poder.

Colpensiones, señaló que en este caso no se acreditaron vicios del consentimiento, aunado a que para la época del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas de cotización, no es beneficiaria del régimen de transición, se encuentra inmersa en la prohibición de reintegro al RPMPD establecida en la Ley 797 de 2003, de ahí que no cumpliera los requisitos establecidos en las sentencias C-789-2002, SU-062-2010 y SU-130-2013, sin que la simple inconformidad que ella tenga respecto del valor que puede recibir como mesada pensional en el RAIS la habilite para que se declare la nulidad del traslado. Agregó que para esa data los fondos solo tenían la obligación de informar las condiciones al momento del traslado, mostrándose un desinterés y descuido por parte de la demandante en querer recibir información; y que, efectuó aportes al RAIS por más de 20 años sin inconformidad alguna.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

La demandante y Porvenir SA, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda y su contestación (arch. 05 C02). Colpensiones guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la

normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, entre ellas si es procedente la devolución de las sumas indicadas por el *a quo*.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 24 de abril de 1961 (pág. 20, arch. 1, C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 1º de marzo de 1982 y el 30 de septiembre de 1996 un total de 589.43 semanas (págs. 24-26 arch. 1, págs. 43-45, 55-57, 83 arch. 6); **iii)** el 28 de agosto de 1996 se

trasladó al RAIS administrado por la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías SA, hoy Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1º de octubre de esa anualidad (págs. 48, 56 arch. 1, págs.. 27, 50, 67 arch. 5 C01), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1277 semanas cotizadas a 29 de agosto de 2021, conforme la certificación e historias laborales consolidadas emitidas por la mencionada AFP (págs. 22, 29-35 arch. 1, págs.. 28-43 arch. 5 *idem*).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en

sentencia SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

«Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.»

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

«Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al

de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.»

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

«(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.»

En esta providencia, también se dijo:

«(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.»

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Horizonte** fusionada hoy con **Porvenir SA**, el 28 de agosto de 1996 con efectividad a partir del 1º de octubre de esa anualidad, y si bien en el formulario de vinculación n.º 299147 – 633350 (págs. 48, 56 arch. 1, págs. 27, 50, 67 arch. 5 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada sentencia SL1688-2019, expuso:

«(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.»

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1501-2022, precisó:

«El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.»

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.»

Y en la sentencia SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

«De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de

afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.»

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, SL2877-2020, SL1942-2021, SL1949-2021 y SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

«Se ha de señalar 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; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.»

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 28 de agosto de 1996 con su afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, efectiva desde el 1º de octubre de 1996 (págs. 48, 56 arch. 1, págs.. 27, 50, 67 arch. 5 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con

sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Porvenir SA, la devolución además, de bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y efectuar la discriminación y detalle de todos los valores a devolver.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de

¹ CSJ SL1688-2019.

los conceptos allí relacionados, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EuuGfO7fm_VKgkZykk4VwsgB0zqloSUYVO6BZS3jHNppCw?e=cFXJKc

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **01515427d3a7484c65d20c513950692516b75a7aacc112a9a6f07a829f7a1651**

Documento generado en 01/02/2023 03:16:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **022 2020 00531 01**
DEMANDANTE: JOHN FREDY LINARES RODRÍGUEZ
DEMANDADO: SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI SAS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con la demandada desde el 1° de noviembre de 2017, así mismo, que en el proceso disciplinario seguido en su contra y en la terminación del contrato, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 49 del RIT, en razón a que tales actuaciones no fueron adelantadas por las personas autorizadas para su realización, en consecuencia, que el finiquito laboral no produjo efectos a la luz de lo dispuesto en el art. 50 de dicha disposición y que hay lugar declarar la no solución de continuidad del vínculo hasta el momento en el que se produzca el reintegro. De manera subsidiaria al reintegro, solicita que se declare que el contrato de trabajo se dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa comprobada el 7 de febrero de 2019.

En ese orden, solicita que se condene a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social desde el momento del despido y hasta que se disponga la reincorporación al cargo, y el pago de la suma de \$100.000,00 mensuales durante la vigencia de todo el contrato correspondiente al auxilio de alimentación; y subsidiariamente, al pago de la indemnización prevista en el art. 64 del CST, la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del CST y la indexación de los derechos reclamados.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante manifestó que laboró para la llamada a juicio a partir del 1º de noviembre de 2017, desempeñándose como supervisor de operaciones junior; que la demandada se comprometió a pagar un auxilio de alimentación por valor de \$100.000,00 mensuales, que no fueron reconocidos en vigencia del contrato; que fue citado a descargos mediante comunicación del 4 de enero de 2019, por hechos que tuvieron ocurrencia el 11 de diciembre de 2018, relacionado con que le fue asignado para su atención el vuelo EZE87, el cual presentó demoras presuntamente injustificadas al no contar con el equipo necesario para la atención del mismo y debido a la falta de gestión de su parte al no generar las alertas correspondientes a sus superiores jerárquicos; que el 10 de enero de 2019, se llevó a cabo la referida diligencia por parte de Guillermo Ramos Torres quien ostenta el cargo de analista de relaciones laborales; que el parágrafo 49 del RIT establece que los cargos autorizados para recepción de los descargos son el jefe regional, el jefe de aeropuerto y/o director de operaciones; que el art. 50 del RIT prevé que no producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el artículo anterior; que en el documento de soporte de demora de vuelo se especifica que la demora en el vuelo se presentó debido a falta de equipo para el descarga *dollyes*, lo que concuerda con lo argumentado en la diligencia de descargos; que en la carta de terminación del contrato se adujeron como causas de tal decisión que *“no generó las alarmas correspondientes respecto del hecho que le faltaba el equipo necesario para recibir el vuelo EZE89, lo que ocasionó que se generara una demora injustificada en dicho vuelo”* y que *“no informó a sus superiores ni a la empresa que los “Dolly” que le fueron puestos a su disposición, presentaban fallas”*; que el último salario variable promedio de \$1.903.148,00; y, que el beneficio económico de alimentación, al igual que las denominadas primas extralegales establecidas en el contrato de trabajo,

fueron prometidas de manera generalizada y en dinero, al personal vinculado a partir del 1º de noviembre de 2017, que venía ya desempeñando sus funciones a través de la Cooperativa Servicopava, quienes desde siempre han venido igualmente disfrutando de este beneficio en dinero y en especie, por lo que no asiste sentido considerar su modificación de dinero a especie (Pág. 2 a 10, arch. 5).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió luego de ser subsanada el 15 de junio de 2021, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (arch. 6).

Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que esa sociedad mediante comunicación escrita de fecha 7 de febrero de 2019, le informó al actor la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, de manera unilateral y con justa causa imputable a él, como consecuencia de lo previsto en los numerales 2º, 4º y 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los numerales 1º y 5º del artículo 58 del mismo Estatuto, así como los literales e) y n) del artículo 81 y los numerales 1º, 9º, 12 y 35 del Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía ante el incumplimiento grave de sus obligaciones legales y contractuales. Adujo que en la carta de terminación del contrato de trabajo, se expusieron de manera detallada los motivos y razones por la cuales decidió finalizar su relación laboral, por lo que al actor se le garantizó el derecho al debido proceso y el derecho de defensa y contradicción, razón por la cual, la terminación del vínculo laboral se encuentra ajustada a derecho y no hay lugar a ordenar el reintegro, máxime cuando no es beneficiario de garantía legal o jurisprudencial alguna, que dé lugar a tal situación.

En cuanto al auxilio de alimentación alegó que entre las partes se pactó de común acuerdo, que si la empresa de manera voluntaria reconocía en algún momento del vínculo laboral algún auxilio de alimentación este no tendría connotación salarial; y que además, la compañía contrata con un proveedor externo denominado Compass Group el servicio de casino para sus trabajadores tanto de planta operativa como planta administrativa, suma que

es cancelada en su totalidad por Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS conforme se detalla en información que fue entregada al señor John Fredy Linares Rodríguez de manera periódica, por lo que se le reconoció mediante el servicio de casino una comida diaria, servicio que es imputable al auxilio extralegal de alimentación, por lo que no hay lugar al doble reconocimiento de este beneficio y en este sentido, la Compañía cumplió de manera total con las obligaciones a su cargo.

En su defensa invocó las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas - cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa, compensación, pago, inexistencia del reintegro pretendido y existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, improcedencia de la sanción moratoria, buena fe de servicios aeroportuarios integrados SAI SAS y prescripción (Pág. 2 a 78, arch. 7).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 18 de noviembre de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo que estuvo vigente del 1º de noviembre de 2017 al 7 de febrero de 2019 el cual terminó por justa causa; así mismo, que se pactó el pago de un auxilio de alimentación extralegal, por lo que había lugar a emitir condena en la suma de \$1.523.000. Por último, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado estableció que no había lugar a declarar la ineficacia del despido y ordenar el reintegro del trabajador, en la medida en que la parte actora no había logrado demostrar que el Reglamento Interno de Trabajo aportado con la demanda fuera el aplicable para la época de la desvinculación, pues en contraposición a tal documento, que fue desconocido por la encartada, se había arrimado por aquella, bajo la gravedad de juramento el que se encontraba rigiendo, al cual, en su criterio, debía imprímesele plena validez probatoria por ser la empresa empleadora a quien se le atribuía su elaboración. A su vez, expuso que con las demás pruebas aportadas, se demostraba que para el finiquito laboral se

había agotado el procedimiento disciplinario previsto por la pasiva para la aplicación de faltas, por lo que no era procedente declarar ineficaz el despido.

De otro lado, consideró que resultaba probada la justa causa alegada por la demandada para dar paso a la terminación del contrato de trabajo, porque en el perfil de cargo del gestor y en el Reglamento Interno de Trabajo se estableció que aquel tenía dentro de sus obligaciones comunicar de manera inmediata al coordinador cualquier problema registrado en la atención del vuelo que estaba a su cargo, y por su parte del interrogatorio de parte se infería que esa situación era conocida por aquel y a su vez del acta de descargos se podía extraer la aceptación del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, ya que su omisión se encontró en el hecho de no informar a su superior jerárquico el incidente ocurrido con el vuelo a su cargo.

Sobre el subsidio de alimentación, estimó que no era factible acoger la tesis de la demandada, por cuanto a pesar de que el mismo había sido pactado en el contrato de trabajo no se había probado su pago y porque en dicha disposición no se acordó que pudiera ser reconocido en especie.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** expuso su inconformidad respecto de la interpretación dada por la *a quo* al Reglamento Interno de Trabajo de la demandada, pues con la demanda se incorporó dicha prueba, que no fue derruida por la demandada, quien a su vez aportó un reglamento distinto sin acreditar cuál era el que se encontraba vigente, el cual no se encuentra suscrito y además adolece de nota de vigencia, no bastando con la simple manifestación jurada de la pasiva. De ese modo, indicó que no resulta atendible que se imprima plena validez al reglamento aportado por la pasiva por el hecho de haber sido aportado por la misma, desconociendo que el arrimado en el escrito inicial tiene un acta suscrita por la llamada a juicio, tiene una nota de vigencia y el logo de la empresa, sumado a que la *a quo* en la práctica de las pruebas le puso de presente al apoderado de la contraparte que los testimonios no bastaban para acreditar la vigencia de dicho instrumento.

En ese orden expuso, que el procedimiento aplicado para la terminación del vínculo no fue el establecido directamente por la demandada, y además, se alegan causales de terminación del contrato inexistentes al no estar consagradas en el RIT; a su vez, los descargos y la sanción no fueron evacuados por la personas establecidas en tal reglamentación, habiéndose previsto que ante la violación o transgresión de sus propios procedimientos, existiría nulidad o invalidez de los actos que se determinan internamente.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, sostuvo que tal como lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia, las situaciones que se consagran en los reglamentos internos por carácter disciplinario, son eminentemente sancionatorias y no constituyen mérito para la terminación de los contratos de trabajo. Agregó que las faltas graves deben estar expresamente establecidas en los reglamentos internos, por lo que la falta al deber de comunicación solo puede ser objeto de una sanción disciplinaria, pero no de la finalización del vínculo, más aún cuando el trabajador aunque no le puso de presente a su jefe la situación advertida, si la informó a otras áreas asumiendo de esa manera directamente la responsabilidad, y porque el descargo disciplinario no estuvo orientado a ese aspecto sino al hecho de presuntamente haber causado retraso en una aeronave, a pesar de que cómo lo afirma el propio gestor, acuciosamente acudió y reaccionó directamente para impedir que se causara un daño mayor, pues aquel en la diligencia surtida por la empresa dijo, contrario a lo colegido por el Despacho, que el alistamiento lo realizó conforme a los reglamentos internos.

De ese modo, estima que el tema de la carga extra fue un error de seguridad atribuible exclusivamente a la empresa demandada, pues el demandante, cuando llega la misma se percata de que los 10 dolly's que tenía listos para descargar la aeronave no eran suficientes, suceso frente al que la pasiva aduce que ello nunca ocurrió, que el gestor incurrió en la falta atribuida por incumplir el deber de informar que dos dolly's estaban dañados y que por ello el equipo de alistamiento era insuficiente, lo cual no es cierto, máxime cuando ni el representante legal ni los testigos dieron cuenta de cuál era el equipo suficiente, por lo que no se acredita la supuesta grave indisciplina, sin que se pruebe además que se haya generado un daño intencional por parte del trabajador.

La **parte demandada** interpuso el recurso de alzada respecto de la condena del auxilio de alimentación, comoquiera que el mismo fue reconocido en especie al trabajador incluso cuando equivalía a un valor superior al pactado inicialmente en el contrato, cumpliéndose con ello el fin para el que fue creado.

A su vez, expresó inconformidad por la condena en costas, al considerar que la activa también fue vencida en el proceso, debido a que la mayoría de las pretensiones fueron denegadas, por lo que debería absolverse de ese concepto o imponerlo a ambas partes, más aún cuando el actor no probó el pago asumido para la fijación de agencias en derecho.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 9 de diciembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandada presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso (arch. 5, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar cuál era el Reglamento Interno de Trabajo emitido por la demandada, que se encontraba vigente para la fecha de la terminación del contrato de trabajo; y luego de ello, si la terminación unilateral del contrato de trabajo del actor se tornó ineficaz, por la violación del procedimiento previsto en dicha normativa, y subsidiariamente, establecer si el despido del trabajador se dio o no con justa causa. Finalmente, se analizará la procedencia del pago del subsidio de alimentación dispuesto en primera instancia.

No se discute en este asunto, que entre John Fredy Linares Rodríguez y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS existió un contrato de trabajo a término fijo que inició el 1º de noviembre de 2017 y feneció el 13 de febrero de 2019, así mismo, que dicho vínculo fue terminado de manera unilateral por el empleador aduciendo justa causa atribuible al trabajador.

Reglamento Interno de Trabajo.- Para resolver es preciso recordar que en torno a la publicidad y vigencia del Reglamento Interno de trabajo el art. 119 del CST dispone que el empleador lo publicará en cartelera de la empresa y en la misma informará a los trabajadores, mediante circular interna, de su contenido y la fecha desde la cual entrará en aplicación, adicionalmente, que la organización sindical, si la hubiere, y los trabajadores no sindicalizados, podrán solicitar al empleador dentro de los quince (15) días hábiles siguientes los ajustes que estimen necesarios cuando consideren que sus cláusulas contravienen los artículos 106, 108, 111, 112 o 113 de la misma norma y por su lado el art. 120 *ibidem* señala que agotada la obligación anterior, el empleador debe publicar dicha normativa mediante la fijación de 2 copias en caracteres legibles, en dos sitios distintos y que si hubiere varios lugares de trabajo separados, la fijación debe hacerse en cada uno de ellos.

Encuentra la Sala que con la documental decretada de oficio por esta Corporación es posible constatar que para la época en la que se extinguió el vínculo laboral entre las partes, dicho nexo estaba regido por el Reglamento Interno de Trabajo publicado mediante Circular del 14 de junio de 2018, en la que se puso de presente que el mismo estaría ubicado en las oficinas de atención al cliente colaborador P30, de la P48, de supervisores de atención al pasajero 4to piso y 2do piso y en las de servicios especiales de sillas de ruedas ubicadas en el Aeropuerto Internacional el Dorado de Bogotá DC y en la sede principal de SAI SAS. Habiendo quedado ratificada la vigencia en la fecha de publicación, tal como se informó en Circular del 9 de julio de 2018, en la que se indicó que no se habían presentado objeciones y como se verifica con los registros fotográficos de la fijación en cartelera del reglamento (pág. 40 a 57, arch. 9, C002).

Así las cosas, será con fundamento en la disposición reseñada y no con el RIT que se incorporó con el escrito inicial que se analizarán los demás pedimentos materia del recurso, pues justamente en el art. 110 del reglamento anotado se estableció “Desde la fecha en que entre en vigencia el presente

reglamento, quedan suspendidas las disposiciones del reglamento que antes de esta fecha haya tenido la Empresa, considerándose éste como único vigente para la Empresa y sus trabajadores”.

Reintegro.- Para decidir, es menester anotar que en criterio de la Sala, para que un despido pueda ser catalogado como ineficaz, bajo los postulados procurados en este asunto, es preciso que las disposiciones que rigen las relaciones de trabajo, ya sean de orden legal, extra o supralegal, presupuesten taxativamente algún tipo de estabilidad en el empleo como consecuencia jurídica de la terminación unilateral del contrato de trabajo, ya que por regla general el empleador, bajo los estamentos de los art. 62, 63 y 64 del CST, cuenta con la potestad de finalizar el vínculo laboral, alegando o no justa causa o modo legal de terminación, mediando el pago de la indemnización respectiva, si es del caso, todo ello sin que converja la ineficacia del despido.

Adicionalmente, en lo que refiere a la garantía del debido proceso al momento de la finalización del vínculo, se trae a colación la postura sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL2351-2020, en la que se fijaron nuevas pautas sobre ese tópico y se concluyó:

‘La Sala tiene asentada la regla general de que el despido no tiene carácter sancionatorio, por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, la sentencia CSJ SL13691-2016, reiterada en la CSJ SL 1981-2019.

(...)

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9º al 15º del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de

las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9º al 15º.

De manera que, aún en el evento en el que se verifique la terminación del contrato de trabajo sin el cumplimiento previo de los procedimientos establecidos en las disposiciones que rigen la relación laboral, ello *per se* no implica que haya lugar a la ineficacia del despido, seguida del reintegro del trabajador, porque de cualquier modo, para ello, tal consecuencia jurídica tendría que estar expresamente consagrada legal o extralegalmente, pues de lo contrario, el efecto jurídico que produciría el desconocimiento del debido proceso es el determinado en el art. 64 del CST, es decir, el pago de una indemnización por cuanto deviene en un despido sin justa causa.

En este asunto, el actor pretende el reintegro a un cargo similar o mejor al que tenía al momento de la desvinculación, con fundamento en que la demandada para terminar el contrato de manera unilateral, no agotó en debida forma el procedimiento previsto en el art. 50 del Reglamento Interno de Trabajo, que había sido aprobado el 22 de septiembre de 2016, no obstante, como se vio, dicha normativa no se encontraba vigente para el 13 de febrero de 2019, cuando feneció el vínculo laboral, por lo que carecería de sustento tal pretensión.

En todo caso, se advierte que el art. 99 del RIT que regía la relación de trabajo, expresamente consagró un procedimiento que solo debía agotarse antes de aplicarse una sanción disciplinaria y el art. 96 de la misma regulación estipuló que el régimen disciplinario en ningún caso limitaba la facultad que tiene la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo cuando lo estimara pertinente, de acuerdo con la ley.

En esa medida, tal como lo ha precisado la jurisprudencia laboral, el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y tampoco tiene la naturaleza que ostenta esta, por lo que legalmente no está sujeto a un trámite previo, a menos que así se hubiera pactado en el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral (CSJ SL17404-2014, SL13691-2016, CSJ SL10297-2017 y CSJ SL8307-2017).

De ese modo, se tiene que la terminación del contrato en la legislación laboral, tiene una regulación propia prevista en el artículo 61 del CST, para lo que interesa, el literal h), permite la decisión unilateral del empleador en los casos de los artículos 7º del Decreto 2351 de 1965 y 6º de la Ley 50 de 1990, sin perjuicio, de que las partes o sujetos del contrato de trabajo puedan convenir de manera distinta y de que en todo caso el patrono escuche al trabajador previamente a ser despedido como garantía del derecho de defensa, tal como se explicó en precedencia.

En ese orden, el articulado aplicable al asunto, lleva a concluir que la voluntad allí expresada, no estuvo dirigida a establecer un trámite previo o proceso disciplinario, tendiente a la verificación de los hechos o situaciones que pudieran dar paso al rompimiento del contrato de trabajo, por lo que bastaba con que el empleador procediera a escuchar la versión del convocante sobre los hechos endilgados, como ocurrió en este caso, según se desprende de la diligencia de descargos celebrada el 8 de enero de 2019 (pág. 119 a 130, arch. 7).

Con ello, era menester denegar la pretensión del reintegro, al no haberse probado por el actor, disposición legal o extralegal que respalde tal pedimento, tal como lo dispuso la juez de primera instancia.

Sobre la **indemnización por despido sin justa causa**, se advierte que en la comunicación de fecha 7 de febrero de 2019, la llamada juicio le informó al demandante la decisión de terminar el vínculo, con fundamento en el incumplimiento grave de las obligaciones previstas en los literales e) y n) del art. 81 y numerales 1º, 9º, 12 y 35 del RIT, y los numerales 1º, 4º y 6º del literal a). del art. 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 y los numerales 1º y 5º del art. 8º *ibídem*.

Lo anterior, por haberse encontrado en el curso de la investigación adelantada por los organismos de control, que el 11 de diciembre de 2018 incumplió con sus obligaciones laborales y no realizó la gestión pertinente, al no generar las alarmas correspondientes respecto al hecho relativo a que le faltaba el equipo necesario para recibir el vuelo EZE87, lo que ocasionó una demora injustificada de dicho vuelo y por no haber informado a sus superiores ni a la empresa que dos de los Dolly's que le fueron puestos a su disposición presentaban fallas (pág. 131 a 134, arch. 7).

En esa medida, atendiendo a las causales invocadas, según lo dispuesto en el numeral 6º del literal a). del art. 62 del CST, constituye justa causa de despido 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; segundo evento en el cual al fallador le está vedado auscultar sobre la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos establecidos previamente como infracciones en tales convenios.

De esa manera, al descender al análisis de las conductas endilgadas al trabajador, advierte la Sala que respecto de la primera de ellas, se demuestra que en el literal a) de la cláusula décima del contrato de trabajo se estableció que se calificaban como graves y justas causas para darlo por terminado la violación por parte del trabajador de sus obligaciones legales, contractuales, reglamentarias o estatutarias (pág. 26 a 30, arch 1).

Por su parte, en los numerales 1º, 9º, 12 y 35 del art. 86 del Reglamento Interno de Trabajo, respectivamente se establecieron como obligaciones especiales a cargo del trabajador “(...) *observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la Empresa o sus representantes, según el orden Jerárquico establecido y observar la disciplina en el trabajo*”, “*Observar con suma diligencia y cuidado las órdenes e instrucciones sobre el trabajo a fin de lograr calidad y eficiencia*”, “*Comunicar oportunamente a la Empresa las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios*” e “*Informar inmediatamente, al superior inmediato, todo incidente o accidente, aéreo o de trabajo, de que se tenga conocimiento*” y en el numeral 48 del art. 98 de la misma regulación de dispuso que también serían justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, entre otras, la falta grave consistente en “*No reportar accidentes o incidentes aéreos u ocupacionales*”.

Así mismo, se constata que el hecho en el que fundó la empleadora la terminación del vínculo, está plenamente acreditado en el caso de autos, con el acta de la diligencia de descargos del 10 de enero de 2019, en la que el

demandante aceptó que conocía el Reglamento Interno de Trabajo, que le fue asignado el vuelo EZE87, para su atención el 11 de diciembre de 2018 que no le informó a ningún líder del terminal sobre las irregularidades presentadas con el cargue del vuelo (págs. 32 a 35, arch. 1).

Con lo anterior, estima la Sala que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que no existía disposición que consagrara que la conducta que fue desplegada por el actor constituyera una falta grave que daba paso al despido con justa causa.

También es menester agregar, que aunque en el interrogatorio de parte el actor refirió que no informó el incidente presentado debido a que su jefe inmediato se encontraba a pocos metros y evidenció lo ocurrido, lo cierto es que ninguno de los medios de convicción decretados y practicados en el trámite permiten corroborar esa afirmación, por lo que ante la prueba fehaciente de la configuración de la falta analizada, resulta inane pasar al estudio de la otra conducta atribuida al demandante en la carta de despido, pues con ello basta para entender que el contrato fue terminado de manera unilateral y con justa causa por la empleadora.

Auxilio de alimentación. - En cuanto a la condena por el concepto analizado, advierte esta Corporación que en la cláusula cuarta del contrato de trabajo signado entre las partes, se estipuló que en virtud de ese acuerdo, se entendían como beneficios o auxilios no constitutivos de salario entregados al trabajador, entre otros, el “*AUXILIO DE ALIMENTACIÓN: Por una suma mensual de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000)*” (págs. 26 a 30, arch. 1).

En ese orden, se encuentra que la demandada adujo que si bien al actor no se le efectuó el reconocimiento monetario del auxilio pactado, ello obedeció a que tal subvención fue disfrutada mediante el servicio de casino con una comida diaria, lo cual pretende demostrar con la relación de servicios de desayuno, almuerzo y comida de los que se benefició el convocante desde el 24 de febrero de 2018 hasta el 7 de febrero de 2019 (págs. 115 a 118, arch. 7).

Con lo anterior, estima la Sala acertada la condena impuesta por la juez de primera instancia, en la medida en que no existe evidencia en el plenario

que permita establecer que la expresión de la voluntad de las partes equiparaba el auxilio monetario de alimentación al servicio de comidas en el casino o que el primero se suplía con el segundo, por lo que no puede colegirse como se pretende en la alzada, que uno y otro beneficio correspondían a uno solo o al mismo.

Costas.- En cuanto a la inconformidad planteada por la encartada sobre la condena en costas en su contra, es preciso recordar que los numerales 1º y 5º del art. 365 del CGP, prevén que se condenará en costas a la parte vencida del proceso y que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

De esa manera, teniendo en cuenta que en este asunto prosperaron parcialmente las excepciones, es factible concluir que la parte vencida en el trámite fue la empresa demandada en contra de quien se impuso el pago del auxilio de alimentación procurado en el escrito inicial, por lo cual no había lugar a disponer el pago de costas a su favor y la *a quo* se encontraba facultada para ordenarlas parcialmente, como ocurrió.

Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**,
atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Et2X7NMhu2ZBv-TmpDY00uYBy9wHkVBl3GWitRCfNejGfA?e=iTGSTX

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 12002a71b38e30dbc4bdb5e0eccf24133f2e88c476aa0da5e44d216b0bc6025f

Documento generado en 01/02/2023 03:16:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **019 2020 00228** 01
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE FIGUEROA MEJÍA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Colfondos y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, se declare que siempre estuvo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, por ende, se debe condenar a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos financieros, intereses, frutos, gastos de administración y demás rubros existentes en su cuenta de ahorro individual (págs. 10, 11 arch. 1, C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al extinto ISS hasta el 31 de octubre de 1998; fue trasladado a partir del enero de 1999 al RAIS administrado por Porvenir SA, sin formación libre del consentimiento; posteriormente se trasladó a Colfondos; el 24 de octubre y el 29 de noviembre de 2019 respectivamente, solicitó a Colfondos y a Porvenir toda la documentación e información relativa a su afiliación, los cálculos efectuados, explicaciones brindadas, los escritos en donde se puede ejercer el derecho de retracto y se prueba que le informaron acerca del período de gracia contemplado legalmente para regresar al RPMPD, pero las AFP le contestaron el 29 de octubre y el 18 de diciembre del mismo año, indicándole que no había ningún soporte de ello. Agregó que el 31 de enero de 2020 solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen pensional, lo que fue denegado el mismo día por parte de la entidad (págs. 11-13 arch. 3 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 15 de junio de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 15 arch. 1 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 32, 33, 60, 61 arch. 1, págs.. 1-33 arch. 2 *idem*)

Colfondos SA se opuso a las pretensiones. En su defensa propuso como excepciones las de buena fe, compensación y pago (págs. 60, 61 arch. 1, págs.. 1-12 arch. 4 *idem*).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 60, 61 archs. 1, 40 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (págs. 39, 40 arch. 1 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de abril de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado el 26 de julio de 2002 por el demandante, a través de la AFP Porvenir SA, para declararlo válidamente afiliado al RPMPD desde el 13 de noviembre de 1978, como si nunca se hubiera trasladado. Condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, intereses, comisiones, gastos de administración, debidamente indexados; impuso la orden a Colpensiones de recibir tales sumas. Finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas y se abstuvo de imponer costas en la instancia.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la corte, las AFPS desde su creación estaban obligadas a dar información al afiliado previo al traslado, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información es ineludible y no se suple con la declaración contenida en el formulario, ya que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a la AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, las AFPS demandadas no cumplieron con la carga de la prueba para acreditar que cumplieron a cabalidad con el deber legal de información suficiente y transparente, con el fin de que el demandante conociera las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como todas aquellas implicaciones que tuviera el traslado de régimen pensional y si eventualmente el demandante era beneficiario del régimen de transición, a fin de que pudiera tomar una decisión verdaderamente informada sobre lo que él consideraba mejor para su futuro (págs. 72 archs. 1 C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos SA solicitó que se aclare el motivo por el cual se ordenó la consignación de aportes adicionales, dado que se está presumiendo que se realizaron cotizaciones voluntarias, cuando nunca se efectuaron; dijo en relación con la devolución de los conceptos que se ordenaron de manera indexada, que se trata de una doble condena por el mismo hecho, pues además de que debe reintegrar tales conceptos, también ello se debe hacer en forma actualizada.

Colpensiones, argumentó que se pasó por alto que para la data del traslado la realidad normativa del momento era la Ley 100 de 1993, por ende, el demandante aceptó espontánea y libremente trasladarse de régimen, a través de la suscripción del formulario de afiliación y solo nació la obligación de la doble asesoría para las AFP con la Ley 1748 de 2014. Estimó que la orden dada sobre el acto jurídico del traslado debe tener efectos inter partes, ya que Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada con la decisión, máxime cuando jurisprudencialmente se ha dicho que es a las AFP privadas sobre quienes recae la carga de prueba en relación con el deber legal de información.

Por lo anterior, solicitó que no se ordene a esa entidad recibir al demandante en el RPMPD, ya que por una parte se encuentra en la prohibición legal de devolverse a dicho régimen pensional y, por otra parte, con ello se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y la reserva pensional; y que, en caso de no accederse a lo anterior, se ordene a las AFP reintegrar la totalidad de las cotizaciones, los recursos abonados al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales, el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, pues solo podrá actualizar la historia laboral del demandante, cuando se obtengan esos dineros.

Finalmente, a pesar de que **Porvenir SA**, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, lo cierto es que a través de correo electrónico del 22 de abril de 2022 manifestó su deseo de desistir de dicho medio de impugnación (págs. 69-71 arch. 1 C01), al tenor de lo dispuesto en el art. 316 del CGP.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 05 C02).

La demandante, Colpensiones y Porvenir SA, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda y sus contestaciones (arch. 06 C02). Colfondos SA guardó silencio.

VI.ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al

régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de las administradoras privadas demandadas, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, entre ellas si es procedente la devolución de las sumas de dinero indicadas por la *a quo*.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 26 de mayo de 1957 (pág. 40, arch. 7 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 13 de noviembre de 1978 y el 31 de octubre de 1998 un total de 318.71 semanas (págs. 41-44 archs. 3, 5.4); **iii)** el 10 de noviembre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir con fecha de efectividad a 1º de enero de 1999 (págs. 62 arch. 1, págs. 34, 35, 44, 45 arch. 2 C01); **iv)** el 26 de julio de 2002 se trasladó a Colfondos SA, con fecha de efectividad a 1º de septiembre de 2002 (págs. 87-89 arch. 4), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc.

7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

«Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desde la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz

y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.»

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

«Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido».»

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

«(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.»

En esta providencia, también se dijo:

«(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber

de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.»

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir SA**, el 10 de noviembre de 1998 con fecha de efectividad a 1º de enero de 1999, luego el 26 de julio de 2002 se trasladó a **Colfondos SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios de vinculación n.º 0740342 y 8075528 (pág. 62 arch. 1, págs. 34, 35, 44, 45 arch. 2, pág. 89 arch. 4 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada sentencia SL1688-2019, expuso:

«(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.»

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1501-2022, precisó:

«El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.»

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez,

para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.»

Y en la sentencia SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

«De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.»

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, SL2877-2020, SL1942-2021, SL1949-2021 y SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

«Se ha de señalar 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; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.»

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 10 de noviembre de 1998 con su afiliación a la AFP Porvenir SA, así como el posterior surtido con destino a la AFP Colfondos (págs. 62 arch. 1, págs. 87-89 arch. 4 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Empero, en relación con los aportes voluntarios, se debe precisar que si bien no tienen la potencialidad de ratificar que el traslado de régimen se consumó con los parámetros informativos suficientes y requeridos, puesto que ello no subsana la falencia de no haber recibido una información integral para el momento en que acaeció el traslado; lo cierto es que dentro del plenario no se acreditó que el demandante haya efectuado este tipo de cotizaciones en el RAIS, y él mismo, en su interrogatorio de parte surtido el 5 de abril de 2022 (págs. 64-68 archs. 1, 6 C01) sostuvo que no los consignó porque nunca le dijeron que podía hacerlo; en consecuencia, no habría lugar a condenar a Colfondos a la devolución de ese rubro.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, *«(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»¹*, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

¹ CSJ SL1688-2019.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **tercero** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a tanto a la AFP Colfondos SA como a Porvenir SA, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, junto con las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y a ambas AFP efectuar la discriminación y detalle de los valores a devolver; exceptuando los aportes voluntarios indicados en primera instancia por ausencia de prueba frente a ello.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y **ADICIONAR** el numeral **tercero** de la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** como **Colfondos SA Pensiones y Cesantías**, deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación del demandante a cada una de esas AFP, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, exceptuando los aportes voluntarios, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: [11001310501920200022801](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Expediente/11001310501920200022801)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 89ba2ed286a182e38214c47baaceb6b441ecbfe6b7321456fc8b39ceb5a2ef35

Documento generado en 01/02/2023 03:16:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **008 2019 00782 01**
DEMANDANTE: HENRY HERNANDO RUBIO ROJAS
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 28 de abril de 2022, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. AUTO

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, como apoderada judicial de Colpensiones, en los términos y para los fines del poder allegado (archivo 6, C002).

II. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado del RPM al RAIS a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, por no haberse suministrado una

asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de dicho acto sobre su situación pensional. En consecuencia, solicita que se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual junto con las sumas que le puedan corresponder por concepto de intereses, bono pensional, sumas adicionales y rendimientos, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración; y a la última entidad, a recibir su afiliación en el RPM sin solución de continuidad y corregir los tiempos cotizados en la historia laboral.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 2 de febrero de 1961; que estuvo afiliado al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones por el período comprendido entre junio de 1982 hasta marzo del año 2000, cotizando un total de 369 semanas; que el 1º de abril del año 2000, suscribió formulario de afiliación para efectuar el traslado de régimen pensional, debido a que no se le indicaron las ventajas ni desventajas del Régimen de Prima Media ni del Régimen de Ahorro Individual; que en la asesoría suministrada por Porvenir SA, se le informó que Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y nadie respondería por los aportes realizados en ese ente; y que, presentó reclamación ante las demandadas (págs. 3-10, arch. 1).

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 4 de diciembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (págs. 51 a 52, arch. 1).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó prescripción y caducidad e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (págs. 55 a 61, arch. 1).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (págs. 78 a 107, arch. 1).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio luego de surtirse el traslado del auto proferido el 7 de diciembre de 2022, en

el que se puso en conocimiento la nulidad presentada por la falta de notificación del auto admisorio de la demanda (arch. 10, C002).

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 28 de abril de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el demandante el 4 de febrero del año 2000 mediante su afiliación a Porvenir SA; condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional, así como a aceptar todos los valores devueltos por Porvenir SA y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del actor, y a la AFP Privada a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, sumas adicionales con los respectivos intereses de acuerdo con las previsiones del art. 1746 del CC, es decir, junto con los rendimientos que se hubieren causado (Carp. 6).

En síntesis, el juez de primer grado consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen del demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que la información con la cual se convalida el consentimiento como elemento de validez de la afiliación, no es aplicable de manera exclusiva a los beneficiarios del régimen de transición o a quienes contaran con expectativas pensionales legítimas, y que en este asunto Porvenir no allegó prueba que permitiera vislumbrar que al momento de la afiliación le hubiera brindado al gestor información detallada y ajustada a su caso particular.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante en el recurso de apelación solicitó que se condene en costas a Colpensiones, con fundamento en que el art. 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte que haya sido vencida, siempre y cuando haya existido una controversia, y en este asunto, dicha entidad formuló excepciones de mérito con las que pretendió atacar las pretensiones principales de la demanda, sin que pueda tomarse como criterio para analizar la procedencia de su pago la buena o mala fe de la convocada.

Porvenir SA expuso su inconformidad respecto de la declaratoria de ineficacia y de los efectos dados a la misma en la sentencia de primer grado, pues estima que de acuerdo con lo normado en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, el formulario de afiliación constituye un requisito de existencia del contrato de vinculación y con su suscripción se da a entender la aceptación de todas las condiciones del régimen pensional, por lo que al ser un documento que se presume auténtico, con el mismo se acredita el cumplimiento de todas las obligaciones que estaban a cargo de ese fondo de pensiones, como el deber de información, máxime cuando para el momento de la afiliación la entidad sólo tenía la obligación de conservar tal prueba y no una distinta. Agregó que según lo dispone el art. 271 de la Ley 100 de 1993, la afiliación queda sin efectos solo cuando se verifican situaciones o actuaciones dolosas, las cuales no se lograron acreditar en este asunto.

Finalmente, expuso que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, solicitaba que se absolviera de la devolución de lo descontado por gastos de administración y comisiones, porque las AFP se encuentran autorizadas para realizar tales deducciones, como consecuencia de la buena administración ejercida sobre el capital de la cuenta de ahorro individual del demandante y que se ha visto materializada en el incremento del saldo, al haberse generado rendimientos financieros. Argumentó que de ordenarse el traslado de los referidos recursos a Colpensiones, se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la codemandada, ya que no existe norma que ordene su devolución, pues no están destinados a financiar la prestación del afiliado; y, agregó que debe tenerse en cuenta que si el actor hubiera permanecido vinculado al RPM, de igual modo se habrían generado los descuentos, sobre los cuales, además, debe aplicarse el fenómeno prescriptivo al no hacer parte integrante de la pensión.

Colpensiones inconforme con la decisión, manifestó que no compartía los razonamientos que habían llevado a la *a quo* a disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor, en la medida en que para ese momento no existía ninguna obligación legal relativa a documentar la asesoría brindada a los potenciales afiliados, pues la misma se suministraba de manera verbal y posteriormente el usuario suscribía o no el formulario de vinculación, acreditándose entonces esa situación con dicha documental, pues de lo contrario se ubicaría al fondo privado en una situación imposible de

demostrar al no contarse con un medio de convicción distinto, pues el acto declarado ineficaz tuvo lugar hace más de 20 años y en el interrogatorio de parte el demandante únicamente reiteró y ratificó lo indicado en la demanda, y adicionalmente, en el mismo se encontraron discrepancias respecto de lo expresado en el escrito genitor en el que se hace referencia a algunos aspectos de la asesoría brindada por la AFP Porvenir, ya que el gestor declaró que lo que lo motivó a trasladarse fue la liquidación del ISS.

Expuso que de estimarse procedente la ineficacia, quien debe indemnizar o reparar los perjuicios causados al gestor es la codemandada, asumiendo el pago de la pensión que eventualmente se reconocería en el RPM, pues de trasladarse tal carga prestacional a Colpensiones se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en la medida en que el promotor del proceso no ha contribuido al RPM y con ello se generaría un detrimento patrimonial a ese ente.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA y por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

Colpensiones y Porvenir SA presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación (arch. 6 y 8, C002)

VII. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose

razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VIII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria y si se debe revocar la condena en costas impuesta a la AFP Porvenir.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 2 de febrero de 1961 (pág. 11, arch. 1); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de junio de 1982 y hasta el 31 de marzo del año 2000, 369 semanas (pág. 17, arch. 1); **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 4 de febrero del año 2000, con fecha de efectividad de 1º de abril del año 2000 (pág. 47 y 49, arch. 2), y allí se encuentra afiliado en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los arch.s del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de

acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, efectivo desde el 1º de abril del año 2000, AFP en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar 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; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 4 de febrero del año 2000, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en

el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, y en este sentido se **adicionar**á la decisión de primera instancia, para ordenar a la AFP Porvenir efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos..

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Finalmente, en lo que a la condena en costas se refiere, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que no le asiste razón al demandante, en cuanto a que debió disponerse tal rubro frente a Colpensiones, en la medida en

¹ CSJ SL1688-2019.

que dicha entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió. Por lo que sobre el particular se **confirmará** la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 28 de abril de 2022, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, las primas de seguros previsionales, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Er271QvaPX5MtnJkeFQLQ0sBA5TjL_r00xJPPYpFEBomDQ?e=YCrYgE

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **24dfc6c30ac9b62d107c89549461ce13b706ae6d1cbff2e1e7c2d79d49642b51**

Documento generado en 01/02/2023 03:16:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **004 2021 00031 01**
DEMANDANTE: ANA TULIA VARGAS DE FLÓREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

Bogotá DC, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, por el fallecimiento de su cónyuge Armando Flórez Fandiño, junto con el retroactivo y los intereses moratorios (pág. 3, arch. 4, subcarp. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que contrajo matrimonio con Armando Flórez Fandiño el 1° de julio de 1978; que desde esa data convivieron de manera permanente durante 42 años, hasta el día del fallecimiento del causante y de dicha unión procrearon tres hijos; que siempre fue beneficiaria de los servicios en salud de su esposo; que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, le reconoció a su esposo una pensión de vejez a través de la Resolución n.° 58412 de 2008; y que, el causante falleció el 21 de agosto de 2020.

Añadió que el 29 de septiembre de 2020 solicitó ante Colpensiones la sustitución pensional con motivo del fallecimiento de su esposo, petición que fue negada mediante la resolución SUB 241894 de 2020, argumentando que, según investigación administrativa que adelantó la entidad, no se acreditó convivencia a la fecha del fallecimiento, y en el registro de matrimonio reposa nota marginal de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, aunado a la declaración de un vecino que afirma que para la época no tenían ningún vínculo sentimental. Sin embargo, frente a este aspecto afirmó que ella y su esposo nunca se separaron de cuerpos, nunca adelantaron los trámites notariales de divorcio, jamás vendieron sus bienes y los compartieron hasta el fallecimiento, además siempre hubo una relación de solidaridad, ayuda mutua y comunidad de vida (pág. 4 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 28 de mayo de 2021, ordenando su notificación y traslado a la demandada (arch. 5 *idem*), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que mediante investigación administrativa se determinó que la demandante no demostró su convivencia con el causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento. Recabó en que existe una nota marginal en el registro civil de matrimonio, que da cuenta de la liquidación de la sociedad conyugal. Formuló las excepciones denominadas procedencia y aplicación de la sentencia SU-149 de 2021, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, improcedencia del pago de intereses moratorios, prescripción, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (archs. 12, 20 *idem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 8 de febrero de 2022, declaró que la demandante es beneficiaria de la sustitución pensional, por la muerte de Armando Flórez Fandiño (QEPD), en consecuencia, condenó a la demandada al pago de dicha prestación a partir del 21 de agosto de 2020, en la misma cuantía que disfrutaba el causante, junto con el retroactivo pensional, los reajustes de ley, los intereses moratorios a partir de la ejecutoria

de la sentencia y hasta cuando se efectúe el pago de la prestación, más costas; la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró no probada la excepción de prescripción.

Consideró que, se acreditó que el vínculo matrimonial de la pareja nunca desapareció, se encontraba vigente y solo se presentó una separación ajena al querer de la pareja, causada por la pandemia del Covid-19. Dio por demostrado que los cónyuges convivieron por lo menos 5 años durante la época en que procrearon a sus hijos y que para la fecha del fallecimiento del causante, éste continuaba casado y conviviendo con la demandante. Señaló que ninguna de las mesadas se encuentra prescrita debido a que la reclamación administrativa se presentó el mismo año en que se causó la prestación y presentó la demanda al año siguiente. Otorgó los intereses moratorios dado que la demandada negó el reconocimiento de la pensión por no tener certeza de la convivencia que pudo haber tenido la demandante con el causante, lo que en juicio sí quedó acreditado, por ende, negó la indexación solicitada (arch. 26 subcarp. 1, subcarp. 3 *idem*).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 12 de septiembre de 2022 se admitió el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (arch. 4 C02).

La parte demandada Colpensiones presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (arch. 5 *idem*). La parte actora, guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si a la demandante le asiste derecho a la sustitución pensional, por el fallecimiento del pensionado Armando Flórez Fandiño, junto con los intereses moratorios.

Está al margen de la discusión que: **i)** al causante Armando Flórez Fandiño le fue reconocida la pensión de vejez desde el 27 de octubre de 2008 conforme el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 en cuantía de \$1.258.124 según Resoluciones n.º 58412 de 2008 y 041513 de 2009 expedidas por el extinto Instituto del Seguro social (exp. admontivo 23 C01); **ii)** falleció a sus 72 años el 21 de agosto de 2020, según la cédula de ciudadanía y los registros civiles de nacimiento y defunción (págs. 12-14, arch. 1 subcarp. 1, exp. admontivo 23 C01); **iii)** Ana Tulia Vargas de Flórez nació el 2 de julio de 1955, por lo que a la fecha del deceso del causante, contaba con 65 años de edad (pág. 10 ach. 1 subcarp. 1, exp. admontivo 23 C01); **iv)** y en Resolución SUB 241894 de 9 de noviembre de 2020 expedida por Colpensiones, se le negó la sustitución pensional (págs. 33-36, arch. 1 subcarp. 1, C01).

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente a la data de la muerte del causante, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, y son beneficiarios de la prestación en forma vitalicia, cónyuge o compañera permanente que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad, acredite que hizo vida marital con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte, y haya convivido con él por los menos 5 años continuos con anterioridad a su deceso.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *«Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).»* y que *«debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio».*

Además, también dejó sentado la Alta Corporación que, mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimiento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, se acepta que los cinco años mínimos de convivencia puedan ser en cualquier tiempo, sin que sea necesario probar que durante ese lapso se conservó entre estos un vínculo afectivo, pues los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (CSJ SL4346-2015, SL6990-2016, SL1399 y SL1880 ambas de 2018, SL359-2021).

Así las cosas, está demostrado que la demandante contrajo matrimonio con Armando Flórez Fandiño por el rito católico el 1º de julio de 1978 y de común acuerdo resolvieron disolver y liquidar la sociedad conyugal el 27 de abril de 2015, según pacto celebrado ese día en el Centro de Conciliación de la Personería de Bogotá como consta en la nota marginal inscrita en la partida de matrimonio (págs. 15, 16 arch. 1 subcarp. 1 C01). De dicha unión se procrearon 3 hijos: Edgar Armando, Uriel Alonso y Leidy Johanna Flórez Vargas nacidos el 26 de octubre de 1979, el 29 de noviembre de 1980, y el 30 de abril de 1987, respectivamente (págs. 18-23 *idem*).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones y para ello aportó al plenario el expediente administrativo, en el que reposa la investigación administrativa nº COLCO-268900 – 2020_ 9703140 que la entidad adelantó entre el 6 y el 20 de octubre de 2020 con motivo de la solicitud de sustitución pensional que presentó la aquí demandante. En dicho trámite fueron entrevistados la demandante, una hermana del causante, el esposo de una sobrina del causante y 4 vecinos del sector, quienes manifestaron conocer a la demandante y al causante como esposos y convivir bajo la misma casa en el barrio Perdomo desde hace más de 20 años junto con sus hijos, a algunos les consta que eran casados desde hacía más de 35 años y dieron cuenta de su relación continua de convivencia, así como de su conocimiento de la finca que tenía la pareja en Boyacá a la que hacían varios viajes. Sin embargo, de los entrevistados por la entidad, solo un vecino, Daniel Carvajal, afirmó que aunque el causante vivía en la misma casa con la aquí demandante, creía que estaban separados, sin saber el tiempo de separación (exp. admontivo 23 C01).

Con base en ello, la entidad expidió las Resoluciones n.º SUB241894 y DPE15874 ambas de 2020 por medio de las cuales, negó la pensión de sobrevivientes a la demandante con el argumento de que no fue viable establecer

su condición de beneficiaria o los extremos temporales de convivencia con el causante, dado que no se acreditó este requisito desde el año 2015 (pags. 26-36 arch. 1 subcarp. 1 C01).

Para contra argumentar esta situación, la demandante aportó una certificación expedida el 20 de octubre de 2020 por Salud Total EPS, en la que figura como beneficiaria de los servicios de salud de Armando Flórez Fandiño, en calidad de compañera y este último como cotizante pensionado (pags. 11,17 arch. 01 C01).

Así mismo, dentro del trámite procesal en la audiencia del 26 de enero de 2022 se recaudó el testimonio de Edgar Armando Flórez Vargas, hijo de la demandante y del causante; refirió que, para la fecha del fallecimiento de su padre, este convivía con su señora madre en la vivienda ubicada en el barrio Perdomo de Bogotá ubicado en la en la Calle 63 Sur # 73 D – 24; que sus padres nunca se separaron de hecho, no se divorciaron ni disolvieron la sociedad conyugal; que los gastos de las exequias de su padre se sufragaron por medio de un seguro que tenía su hermano Uriel Alonso; que hace unos 8 o 10 años abandonó la casa de sus padres para vivir con su esposa, pero asiste todos los días a la casa paterna porque allí tiene su taller de mecánica automotriz en el que trabaja todos los días, por ende, observó que sus padres siempre tenían una relación normal de esposos y que ninguno de los dos abandonó el hogar, dado que su padre solo salía cuando trabajaba como independiente para soportar los gastos del hogar y de su señora madre, mientras que ella siempre ha sido ama de casa. Indicó que para la fecha de la muerte del causante, la demandante se encontraba en la finca en Boyacá, pues allí se fueron sus padres debido a la pandemia, sin embargo, a los pocos días su padre se enfermó de una pierna y tuvo que recogerlo para devolverlo a Bogotá a recibir atención médica por urgencias, pero falleció días después de un infarto cardíaco en su casa, por ende, luego con el acta de defunción pudo ir a Boyacá a darle la mala noticia a su señora madre y la recogió para que asistiera a las exequias de su padre en Bogotá, junto con las pocas personas que pudieron concurrir (arch. 24 subcarp. 1 arch. 3 C01, mins. 19:13-31:30).

El testigo Rubén Darío Hernández Suavita, sostuvo que conoció a Armando Flórez Fandiño y a la demandante, porque en el año 2016 ellos le arrendaron una habitación en la casa del Perdomo donde además de trabajar de lunes a sábado hasta las 7 u 8 pm, guardaba herramientas propias de su taller y por ende, tenía

relación con ellos todos los días, menos los domingos. Nunca vio que algún integrante de la pareja mencionada abandonara el hogar. Relató que por la pandemia supo que ambos se fueron para la finca, a la que siempre se iban los fines de semana, pero que en determinado momento don Armando se enfermó de su pierna derecha y por esa razón los hijos lo trajeron a Bogotá donde duró más o menos 20 días, pero debido a las restricciones de movilidad vigentes para la época, Doña Tulia no podía viajar. Dijo que, tras la muerte del pensionado en su casa, Doña Tulia regresó a Bogotá 1 o 2 días después y la familia se reunió en las exequias, a las que él pudo comparecer por ser allegado a la familia. Conoció de manera directa, que la pareja tenía una relación de convivencia normal, supo que eran casados desde hace muchos años y que procrearon a tres hijos, 2 de los cuales conoció porque también vivían en la casa del Perdomo: Leidy y Armando Flórez Junior (audiencia *ídem* mins. 21:46-31:56).

Estos relatos fueron contestes, espontáneos y al unisonó corroboran lo manifestado por la demandante en su declaración de parte, en cuanto al tiempo de convivencia hasta la data de fallecimiento de Armando Flórez, y la última casa propia que habitó junto con su esposo en el Barrio Perdomo de la ciudad de Bogotá, que es en la que hoy vive y en la que según tanto la plantilla del BBVA para descuentos a mesadas pensionales del 16 de enero de 2019, los formularios n.º 387085, 2016_4630315 y la petición elevados por el pensionado el 30 de octubre de 2008, 26 de enero de 2009 y el 6 de mayo de 2016, el carné del Sisbén en Salud Total del causante del 29 de marzo de 2007, como las respuestas brindadas a este y a Ana Tulia Vargas por el extinto ISS y Colpensiones el 3 de septiembre de 2009, el 7 de julio de 2014, el 6 de mayo y 30 de junio de 2016 el 9 de noviembre de 2020, el causante registró como su dirección de residencia (exp. admontivo 23 C01); también los mencionados declarantes confirmaron el dicho de Ana Tulia en cuanto a quién sufragaba los gastos del hogar conformado con su esposo, la causa del fallecimiento de él y el motivo por el cual ella no pudo estar presente en ese preciso instante, pues sostuvo que ante la situación de salud por la que atravesó en ese momento su esposo, uno de sus hijos tuvo que recogerlo en la finca que tenían en Boyacá el 19 de julio de 2020 y traerlo al médico en Bogotá.

De igual forma, al ser indagada la demandante acerca de la nota marginal que obra en la partida de matrimonio, indicó que ello se dio porque un día tuvo un pequeño disgusto con su esposo y él le dijo que entonces conciliaran para ver si se vendía la casa en la que ellos habitaban, pero ello nunca ocurrió, no

volvieron a saber más de esos papeles y como continuaron su vida de pareja en forma normal en calidad de esposos, nunca tocaron más el tema, además jamás se separaron y siguieron viviendo juntos, para lo cual también relató que cuando se casaron, duraron 6 meses pagando arriendo, luego un señor les vendió un lote en el barrio Bosa, allí hicieron una casa, posteriormente la vendieron y se fueron a vivir en una casa que compraron juntos en el Perdomo, aunado a que ambos tenían la mencionada finca en Boyacá, en donde hacían sus viajes de descanso los fines de semana y festivos. Informó finalmente quién solventó los gastos funerarios, lo que también se reafirma con la factura n.º 44837 del Consorcio Exequial SAS del 23 de agosto de 2020, la certificación expedida por la Coordinadora de Servicios de Parques Cementerio Coorsepark SAS, el 8 de octubre siguiente y la Resolución n.º SUB241161 del 6 de noviembre del mismo año, mediante la cual Colpensiones reconoció el pago de un auxilio funerario en favor del hijo Uriel Alonso Flórez Vargas (exp. admontivo 23 C01).

De acuerdo con el material probatorio recaudado, valorado en su integridad se puede colegir, contrario al desenlace obtenido por Colpensiones en los actos administrativos mediante los cuales negó la prestación aquí solicitada, que en efecto, la demandante convivió de manera ininterrumpida con el causante por más de cinco años hasta la fecha de su deceso en el año 2020, desde cuando contrajeron nupcias, de manera que en efecto, a pesar de la nota marginal de liquidación de la sociedad conyugal que se registró para el año 2015 en la partida de matrimonio, Ana Tulia y el pensionado tenían y continuaron un proyecto de vida como pareja estable, permanente y firme, forjado en un vínculo actuante de apoyo, solidaridad, cuidado y socorro mutuos, aún en el mes en el que estuvieron separados en razón de las dificultades de movilidad generadas en el año 2020 cuando se dio inicio a la crisis mundial de salud que generó la pandemia del Covid-19, y las dolencias de salud que en sus últimos días aquejaron al causante.

Lo anterior, máxime cuando a juicio de la Sala, las afirmaciones de los testigos recaudados en juicio de personas que conforme el art. 221 del CGP, dieron cuenta de tener una estrecha relación con la pareja y los visitaban frecuentemente en su lugar de habitación, no son en absoluto ensombrecidas por la investigación adelantada por Colpensiones, pues precisamente, la mayoría de los entrevistados dio cuenta también de la convivencia de la pareja por tiempo muy superior a los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, sin que las afirmaciones aisladas de un vecino, quien dijo que le parecía que Armando y Ana Tulia vivían en la misma casa pero estaban

separados, permitan inferir lo contrario, pues la entidad no corrió con la carga probatoria respectiva para desacreditar lo que aquí sí logró probar la demandante.

Es así, que en efecto el *a quo* no incurrió en yerro alguno al concluir que Ana Tulia Vargas de Flórez, convivió con el causante pensionado durante un término muy superior a cinco años con anterioridad a su deceso, de modo que tiene derecho a la sustitución pensional por haber acreditado sin duda alguna su calidad de beneficiaria de dicha prestación en los términos del art. 47 de la Ley 100 de 1993, por tanto, se **confirmará** en este aspecto la sentencia consultada.

En cuanto a la cuantía de la prestación, al tenor de lo dispuesto en el art. 48 de la Ley 100 de 1993, Colpensiones deberá reconocer el 100% de la pensión que el causante disfrutaba, así como el mismo número de mesadas que recibía, con la autorización del descuento de los aportes en salud en favor de la beneficiaria conforme a lo dispuesto en los art. 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993; de manera que, reajustando la mesada que percibía el causante en el año 2008 (\$1.258.124) según el art. 14 *idem*, como se constata en la Resolución DPE 15874 del 25 de noviembre de 2020, se tiene que a la fecha de retiro de nómina, el pensionado estaba percibiendo un monto mensual de \$2.014.804 en el año 2020. Por tanto, el retroactivo a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, a la fecha asciende a la suma de \$71.693.981, así que en estos términos se **adicionará** el numeral **primero** de la sentencia consultada, acorde con lo dispuesto en el art. 283 del CGP.

Retroactivo en 14 mesadas anuales			
desde el 21 de agosto de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2022			
Año	Monto mesada	Nº mesadas	Subtotal
2020	\$ 2.014.804	6,333333333	\$ 12.760.425
2021	\$ 2.047.242	14	\$ 28.661.393
2022	\$ 2.162.297	14	\$ 30.272.163
		Total:	\$ 71.693.981

Ninguna mesada se encuentra prescrita, en razón a que entre la fecha de causación del derecho y la presentación de la demanda (29 de enero de 2021 – pág. 37 arch. 1 subcarpeta 1 C01), no transcurrió el término trienal de que trata el art. 151 del CPTSS.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, se tiene que en el presente caso son procedentes por cuanto las situaciones aquí previstas no se enmarcan dentro de las excepciones que ha considerado la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre como eximentes de responsabilidad frente a las entidades de seguridad social, por ende, al tenor de lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 717 de 2001, se causarían los réditos sobre cada una de las mesadas que hacen parte del retroactivo liquidados a partir del 22 de noviembre de 2020, sin embargo, el *a quo* los otorgó desde la ejecutoria de la sentencia, sin que tal decisión hubiera sido objeto de reparo alguno por parte de la demandante; en consecuencia, se **confirma** en estos dos aspectos la sentencia consultada. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de indicar que la primera mesada a que tiene derecho la demandante es de \$2.014.804 en el año 2020, por tanto, el retroactivo a cargo de Colpensiones y a favor de Ana Tulia Vargas de Flórez, liquidado entre el 21 de agosto de 2020 y el 31 de diciembre de 2022, a razón de 14 mesadas anuales, asciende a la suma de \$71.693.981, conforme la liquidación que hace parte integral y las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, con la autorización del descuento de los aportes en salud en favor de la beneficiaria.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

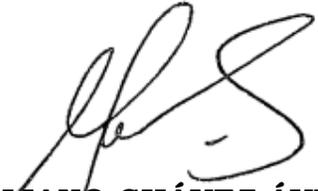
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvQ3QZmXjUxNtWEQWWqstZcBE6nmXT57EBMe5begBiyOGw?e=4m16Lg](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvQ3QZmXjUxNtWEQWWqstZcBE6nmXT57EBMe5begBiyOGw?e=4m16Lg)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1b96cd259df528271eb9b71d80aae16901f42d929d926a7ecfd02f3be4ed31d2**

Documento generado en 01/02/2023 03:16:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **036 2019 00101 01**
ACCIONANTE: IBETH PUENTES SIABATO
ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y MINISTERIO DE
HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
ASUNTO: SOLICITUD DE ADICIÓN DE SENTENCIA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Examinadas las actuaciones que anteceden, se verifica que mediante memorial del 11 de mayo de 2022, la apoderada judicial de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Publico solicitó la adición de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2022, la cual se notificó por edicto que se desfijó el 19 de abril siguiente, argumentando que esta colegiatura omitió pronunciarse de fondo sobre los razonamientos expuestos en el recurso de apelación, en el que solicitó que se resolviera sobre el reintegro del bono pensional tipo A, teniendo en cuenta que el mismo es un mecanismo de financiación que es exclusivo del Régimen de Ahorro Individual como lo dispone la Ley 100 de 1993 en sus art. 115 y 121, por lo que al declararse la ineficacia del traslado, se entendería que nunca se efectuó el acto de afiliación surtido en el año 1999, por lo que el bono debe entenderse inexistente y los valores pagados por la Nación deben ser reintegrados, ya que los mecanismos de financiación del Régimen de Prima Media son completamente distintos y estos valores en dicho régimen generarían un

perjuicio irremediable a las arcas de la Nación al estarse financiando una prestación dos veces y un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante.

En este orden, al revisar el fallo proferido el 31 de marzo de 2022 observa esta Sala que efectivamente se omitió emitir un pronunciamiento expreso sobre las razones que fundaron la apelación de la memorialista, en la medida en que únicamente se expuso que Porvenir SA, debía devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los bonos pensionales, sin haberse motivado tal decisión, respecto de lo que fue solicitado en la alzada.

Es claro entonces que es procedente la solicitud de adición presentada por la demandante, por lo que al tenor de lo establecido en el art. 287 del CGP, se adicionará la providencia de segunda instancia, precisando que aun así se mantendrá incólume la parte resolutive del fallo, por las razones que se pasan a explicar.

En cuanto al punto de apelación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales, quien solicitó reintegro de los valores reconocidos por concepto de bono pensional Tipo “A”, que fue emitido y pagado, debidamente actualizado, en caso de prosperar la ineficacia del traslado pensional, como en efecto ocurrió, debe indicarse que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al resolver un asunto similar, en la sentencia CSJ SL1309-2021, precisó:

[...] debe precisar la Sala, que la redención del bono pensional no puede ser un obstáculo para la recuperación o retorno al régimen de prima media con prestación definida, pues al redimirse pasa a ser un derecho propiedad del afiliado que constituye uno de los recursos con los que se financia su pensión, conforme a lo previsto en el canon 115 ibidem, en donde se dispone que estos «constituyen aportes destinados a contribuir a la formación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones».

[...]

En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada (art. 115 Ley 100/93).

[...]

En este orden, las particularidades que surgieron con posterioridad a dicho trámite adelantado por la (sic) fondo Porvenir y que dieron lugar a que el afiliado no aceptara el valor de la mesada y reclamara luego el retorno al RPM, no pueden servir de fundamento para ordenar ahora la devolución de los bonos a quienes lo emitieron y disponer así una nueva redención de estos a unas entidades que no los administraron y tuvieron en su haber el capital que los conformaba durante todo este tiempo, lo que conllevaría que asumieran las consecuencias de actos atribuibles al propio afiliado, y de contera podría significar un detrimento patrimonial de estas o del sistema pensional, máxime cuando su actuar en aquella oportunidad estuvo ajustado a derecho, y fueron unas circunstancias externas ajenas a ellas que dieron lugar a la situación sui generis que hoy nos ocupa.

De otra parte, no sobre advertirle a Colpensiones, que como quiera que el bono pensional del señor [...] se redimió y el dinero hace parte del capital que integra la cuenta de ahorro individual del afiliado, se trasladó en dicha cuenta el monto de la redención del dicho bono más sus rendimientos, por lo cual debe realizar las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a ésta, la O.B.P., el valor que corresponda.

En ese sentido, tal como lo advirtió la alta corporación, no hay lugar a la devolución del bono pensional a quien lo emitió, como lo pretende el Ministerio recurrente, sino que, al trasladarse el monto redimido y sus rendimientos, con el capital que integra la cuenta de ahorro individual, es Colpensiones quien debe realizar las gestiones administrativas necesarias para establecer las fuentes de financiación de la pensión, y si es del caso, devolver a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los valores que corresponda, lo que conlleva a confirmar también en este aspecto la decisión.

En los términos aducidos, se complementa la sentencia proferida en esta instancia el día 31 de marzo de 2022.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá DC, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la parte motiva de la sentencia proferida 31 de marzo de 2022, de acuerdo con lo aquí considerado y mantener incólume la parte resolutive del mismo fallo, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Esta sentencia complementaria, se notificará a través de EDICTO, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace Expediente Digital:https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtYVtE3QcZ1OsptDAaeKZCsBh0HhDxHInpnZid47yzP4DA?e=f6K2wr

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0a7288a7b18de629feae789dc4fb17db6def445d4afe08fb681edc99f0ebc486**

Documento generado en 01/02/2023 03:18:34 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **004 2017 00201 02**
ACCIONANTE: RICARDO NIÑO VARGAS
ACCIONADO: TRANSPORTES AUTOLLANOS SA
ASUNTO: SOLICITUD DE ADICIÓN DE SENTENCIA

Bogotá DC, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Examinadas las actuaciones que anteceden, se verifica que mediante memorial del 21 de enero de 2022, la apoderada judicial de la parte demandante solicitó la adición de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021, la cual se notificó por edicto que se desfijó el 18 de enero de 2022, argumentando que esta colegiatura omitió pronunciarse de fondo sobre la reliquidación de las vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones que fue solicitada tanto en la demanda, como en el recurso, con ocasión de la inclusión de las comisiones como factor salarial. Finalmente pide que de acuerdo con las facultades ultra y extra petita se condene al pago de la indexación de las sumas ordenadas y la sanción por no consignación de las cesantías.

En este orden, al revisar el fallo proferido el 28 de septiembre de 2021, observa esta Sala que efectivamente se omitió emitir un pronunciamiento expreso sobre los puntos aludidos por la memorialista en torno al reajuste de las vacaciones y de los aportes a pensión, a pesar de que tales pedimentos

se incoaron en las pretensiones novena y décima de la demanda y en la alzada expresamente se indicó “(...) *durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016 el demandante devengó no solo el valor relacionado con su salario básico, sino que además devengó comisiones por ventas equivalentes al 3% de lo que él devengaba; para tales efectos, su señoría, lo que se manifestó en la demanda, y así quedó claro también en los hechos de la demanda y en las pretensiones de la misma, mi poderdante nunca pretendió, porque a ello no tenía derecho, el reconocimiento de comisiones durante los periodos durante los cuales él ha estado en incapacidad, por el contrario su señoría, las pretensiones relacionadas con el reajuste laboral, prestaciones, indemnización por despido sin justa causa, incluso cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones están supeditadas al periodo en el que efectivamente prestó el servicio (...)*”.

A su vez, y en lo que concierne a la sanción por no consignación de las cesantías y la indexación, se patentiza que tales pretensiones se elevaron desde la demanda en los numerales décimo primero y duodécimo, como consecuencia de la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones procuradas, por lo que necesariamente debieron ser analizados en la sentencia proferida por esta Corporación, atendiendo al principio de congruencia, precisando que aunque procedente, no se trata del uso de facultades ultra o extra petita, como lo adujo la memorialista.

Es claro entonces que es procedente la solicitud presentada por la demandante, por lo que al tenor de lo establecido en el art. 287 del CGP, se adicionará la providencia de segunda instancia.

Teniendo en cuenta que en la sentencia materia de adición se estableció que era procedente la reliquidación pretendida en la demanda, teniendo como factor salarial el valor de las comisiones que recibió a lo largo de la relación de trabajo, se dispondrá:

Reliquidación de Vacaciones.- Para resolver sobre el particular, es preciso recordar que el art. 192 del CST, establece “*cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan*”.

En este caso, al pretenderse el reajuste de las vacaciones que fueron disfrutadas y pagadas al trabajador, se tiene que las causadas del 18 de julio de 2013 al 17 de julio de 2014, fueron disfrutadas del 29 de diciembre de 2014 al 17 de enero de 2015 y se pagaron en cuantía de \$667.000 (f.º 217, 218 y 225 A), época en la que el salario base promedio era de \$1.000.000 y el promedio de las comisiones ascendió a \$225.163, por lo que el empleador debió cancelar \$816.775, generándose una diferencia de \$149.775 para ese período.

En cuanto a las causadas del 18 de julio de 2014 al 17 de julio de 2015, se tiene que fueron disfrutadas del 2 de abril de 2016 al 22 de abril de ese año y se pagaron en cuantía de \$818.492 (f.º 202), época en la que el salario base promedio era de \$1.000.000 y el promedio de las comisiones ascendió a \$263.769, por lo que el empleador debió cancelar \$926.764, generándose una diferencia de \$108.272 para ese período.

Y finalmente, respecto de las causadas del 18 de julio de 2015 al 17 de julio de 2016, se tiene que fueron disfrutadas del 27 de enero al 13 de febrero de 2017 y se pagaron en cuantía de \$600.000 (f.º 536), época en la que el salario base promedio era de \$1.000.000 y el promedio de las comisiones ascendió a \$ 116.919, por lo que el empleador debió cancelar \$670.152, generándose una diferencia de \$70.152 para ese período.

En consecuencia, se condenará a pagar a la demandada la suma total de **\$328.199**, por concepto de reajuste de vacaciones, teniendo en cuenta,

que estas se causan por año de servicio cumplido, el empleador tiene un año para otorgarlas y su exigibilidad inicia a partir del vencimiento de ese término, por lo que debido a que la relación de trabajo inició el 18 de julio de 2013, la demanda se presentó el 6 de abril de 2017, respecto de dicho concepto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Sanción por no consignación de las cesantías.- Se tiene que la misma surge del incumplimiento del empleador de consignar antes del 15 de febrero del año siguiente el valor pleno de las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre del año anterior (CSJ SL403-2013 y SL4260-2020).

En tal sentido, para establecer su procedencia, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar al no consignar las cesantías a un fondo en el término legalmente establecido, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

En ese orden, se estableció en este asunto que la sociedad demandada liquidó las cesantías al trabajador de forma deficitaria, al no incluir las comisiones para el efecto, a pesar de que en los comprobantes de egreso que se arrimaron el empleador les dio tal connotación (f.º 236 a 380) y aun cuando por expresa disposición legal del art. 127 del CST, ese concepto constituye factor salarial, por lo que se dispondrá su pago respecto de las cesantías que dejaron de consignarse en su totalidad desde 2013 hasta el año 2016, sin embargo, al haberse encontrado prescritos los derechos causados con anterioridad al 6 de abril de 2014, frente a la primera anualidad la sanción procurada se encuentra prescrita, pues se hacía exigible a partir del 15 de febrero de 2014, y en consecuencia, se ordenará

únicamente a partir del 15 de febrero de 2015, por el reajuste de la cesantía del año 2014, así:

AÑO	SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS
2014	\$ 15.757.458
2015	\$ 16.367.254
2016	\$ 13.737.055
TOTAL	\$ 45.861.767

Aportes a seguridad social en pensiones.- Al haberse establecido la causación mensual de las comisiones desde septiembre de 2013, resulta procedente el reajuste de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta que en el escrito de contradicción, la demandada se opuso a tal pedimento argumentando que los gastos de representación no eran factor salarial y mucho menos para liquidar el concepto analizado.

En consecuencia, Transportes Autollanos SA deberá pagar con destino a la administradora de fondos de pensiones en la que acredite encontrarse afiliado el actor, el aporte a pensión por la suma adicional correspondiente a las comisiones causadas mes a mes por el trabajador desde septiembre de 2013 hasta junio de 2016, teniendo en cuenta los valores y los períodos que se detallan en la siguiente tabla:

Período	Valor
sept-13	\$ 86.030,00
oct-13	\$ 147.700,00
nov-13	\$ 77.301,00
dic-13	\$ 72.000,00
ene-14	\$ 41.310,00
feb-14	\$ 311.200,00

mar-14	\$ 205.000,00
abr-14	\$ 282.632,00
may-14	\$ 274.124,00
jul-14	\$ 741.686,00
ago-14	\$ 289.164,00
sept-14	\$ 246.027,00
oct-14	\$ 238.815,00
dic-14	\$ 263.500,00
ene-15	\$ 295.150,00
feb-15	\$ 271.500,00
mar-15	\$ 345.748,00
abr-15	\$ 206.000,00
may-15	\$ 332.098,00
jun-15	\$ 269.921,00
jul-15	\$ 288.000,00
sept-15	\$ 600.134,00
nov-15	\$ 630.454,00
dic-15	\$ 240.249,00
ene-16	\$ 290.582,00
feb-16	\$ 307.793,00
abr-16	\$ 193.500,00
may-16	\$ 297.844,00
jun-16	\$ 313.311,00

Finalmente, sobre la prescripción de este concepto, se precisa que es pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en el sentido de indicar que dada su naturaleza jurídica, por estar llamados a contribuir en la causación y liquidación de la pensión, corren la misma suerte de imprescriptibilidad de esta (CSJ SL3937-2018, CSJ SL1703-2018 y CSJ SL4735-2017).

Indexación.- Resulta procedente su condena respecto del reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones, desde su causación con el IPC certificado por el Dane y vigente al momento de su pago, debido a que por el fenómeno de depreciación de la moneda se verifica la pérdida del poder

adquisitivo de la misma, por el simple transcurso del tiempo y el incremento continuo y generalizado de los precios o inflación.

En los términos aducidos, se complementa la sentencia proferida en esta instancia el día 28 de septiembre de 2021.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá DC, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida 28 de septiembre de 2021, de acuerdo con lo expuesto, por lo que la parte resolutive quedará así:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada al RECONOCIMIENTO y PAGO de la reliquidación de las prestaciones sociales y acreencias laborales deprecada por el actor, teniendo como factor salarial las comisiones que percibió a lo largo de la relación laboral por el valor de UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS (1.631.911), de acuerdo con la parte motiva de esta providencia, suma que deberá ser indexada a la fecha de pago efectivo.

SEGUNDO: CONDENAR a TRANSPORTES AUTOLLANOS SA a reconocer y pagar al demandante por concepto de reajuste de las vacaciones causadas del 18 de julio de 2013 al 17 de julio de 2016, la suma de **\$328.199**, suma que deberá ser indexada a la fecha de pago efectivo.

TERCERO: CONDENAR a TRANSPORTES AUTOLLANOS SA a reconocer y pagar al demandante por concepto de sanción por no consignación completa de las cesantías de los años 2014 a 2016, la suma total de **\$ 45.861.767**, de acuerdo con lo considerado

CUARTO: CONDENAR a TRANSPORTES AUTOLLANOS SA a pagar con destino a la administradora de fondos de pensiones en la que acredite encontrarse afiliado el actor, el aporte a pensión por la suma adicional correspondiente a las comisiones causadas mes a mes desde septiembre de 2013 hasta junio de 2016, teniendo en cuenta los períodos y valores relacionados en la parte motiva.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

SEGUNDO: Esta sentencia complementaria, se notificará a través de EDICTO, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

TERCERO: NEGAR las demás solicitudes incoadas por la parte demandante, por lo considerado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace Expediente Digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EixWhCD_QFBGhRn2NFLLfLIBIMWvOUT_0P0q6-ipI5sGvg?e=Gpibcf

Luz Patricia Quintero Calle

Firmado Por:

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4474da05775c808e483bbd7f6296d262501e879441e912b811d46526b3e5eadf**

Documento generado en 01/02/2023 03:18:34 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>