



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de septiembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de primera instancia de LUZ YENNY RUIZ ALARCON contra COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS. No. 110013105-001-2017-00126-02

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, proceden a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver en grado jurisdiccional de consulta frente a la joven menor de edad y los recursos de apelación interpuestos por los apoderados las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 6 de diciembre del 2021.

I. ANTECEDENTES

Luz Yenny Ruiz Alarcón instauró demanda ordinaria laboral, contra Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con el fin de que se condene a la entidad demandada, al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en un 50% y con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente Carlos Andrés Navarro Carvajal, a partir del 12 de julio de 2012, se declare que su derecho pensional acrecerá en un 100%, cuando su menor hija cumpla la mayoría de edad y culmine sus estudios, junto con los intereses de mora, la indexación; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: compartió con el causante Carlos Andrés Navarro Carvajal, techo, lecho, mesa de manera permanente, de dicha unión procrearon una hija S.S.N.R.; que Navarro Carvajal, en un viaje realizado a los Estados Unidos, de manera fortuita sufrió un accidente en una lancha y falleció el 07 de julio de 2012; que en su

representación y la de su hija, solicitó el reconocimiento del derecho pensional, siendo negado por la accionada, no así para su hija, argumentado que no acreditó cinco años de convivencia exigidos por la ley, que a la fecha la pensión de sobrevivientes está en cabeza 100% de la menor.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones; argumentó para tal efecto, que la accionante no tiene la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pues no cumple con el requisito de convivencia de al menos 5 años con antelación del fallecimiento del afiliado, de manera que no puede acrecer en un derecho del cual no dispone. Solicitó llamar en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., a través de las excepciones atacó la existencia de las obligaciones pretendidas, además presentó la de prescripción. *(Folio 84 a 92)*

Por su parte, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones; manifestó que la demandante no acreditó los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes, indicó, que ya giró las sumas adicionales para el reconocimiento de la pensión a favor de la menor. Formuló como excepciones la de «*No cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión de sobrevivientes*» «*pago de la suma adicional*» «*Compensación frente a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías*» «*Prescripción*» y «*buena fe*» *(Folio 240 a 250)*

El ICBF Regional Bogotá, contestó la demanda, indicando que se deberá tener en cuenta, que la demandante está discutiendo un supuesto derecho a la pensión de sobrevivientes en un 50%, con ocasión a la muerte de su compañero permanente, lo cual deberá probarse dentro del proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 06 de diciembre de 2021, resolvió:

«PRIMERO: Declara que la Sra. Luz Yenny Ruiz Alarcón, identificada con la CC 52.952.717, en calidad de compañera permanente del señor Calos Andrés Navarro Carvajal (Q.E.P.D), tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el 50% por parte de Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, a partir de la fecha de ejecutoria de la presente decisión, en forma vitalicia. Así mismo se declara que la niña SSNR, tendrá derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, en un 50% hasta cuando subsistan las causas que la generaron, dejándose condicionado el reconocimiento y pago de la pensión entre los 18 y 25 años, a la acreditación del requisito de estudios de conformidad con lo señalado en la Ley 1574 de 2012; luego de lo cual se acrecentará la pensión de la Sra. LUZ YENNY RUIZ ALARCÓN una vez la menor SSNR deje de cumplir requisitos para ser beneficiaria de la pensión

de sobrevivientes. Prestación total la cual es del valor del salario mínimo legal mensual vigente por cada anualidad a razón por 14 mesadas por año.

SEGUNDO: Absolver a la demandada Colfondos S.A Pensiones y Cesantías de las demás presiones incoadas en su contra.

TERCERO: Condenar a la llamada en Garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A a seguir aportando la suma adicional necesario para completar el capital necesario que financie el monto de la posesión.

CUARTO: Absolver a la llamada en Garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, de las demás pretensiones de la demanda impetradas en su contra.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones formuladas.

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandada»

Para arribar a dicha conclusión indicó que, no fue objeto de discusión que el causante Carlos Andrés Navarro Carvajal falleció el 07 de julio de 2012, según se corrobora con el Registro Civil de Defunción, que al momento del fallecimiento se encontraba afiliado para los riesgos de invalidez, vejez, muerte a Colfondos S.A.

Aclaró que en atención de recientes pronunciamientos emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, la Alta Corporación manifestó que respecto al pensionado la convivencia de los cinco años se mantiene, mientras que para el afiliado solo se exige el tiempo para la conformación de una sociedad conyugal de hecho; indicó que, al analizar las declaraciones juramentadas, los testimonios, las documentales y el interrogatorio de parte, se logró acreditar, el proyecto de vida en común entre la accionante y el afiliado fallecido, la convivencia real y efectiva al momento del deceso. En consecuencia, la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en un 50%, a partir de la ejecutoria de la sentencia, misma que se acrecentara cuando, la menor hija, cumpla la mayoría de edad o los 25 años. Se absolvió a la accionada del retroactivo pensional, indexación e intereses moratorios, toda vez que el 100% de las prestaciones le fue reconocida a su mejor hija, prestación que ingreso 100% al núcleo familiar.

II. RECURSO DE APELACIÓN

Por la parte accionada Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, se interpuso recurso de apelación, argumentó que, si bien la Corte Suprema de Justicia en el 2021, cambió el criterio sobre la interpretación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al requisito de convivencia que se exigía por muerte del afiliado en el caso de la pensión por sobrevivencia, no es menos cierto que dicha decisión desconoce el alcance de la sentencia proferida por la Corte Constitucional SU-149 de 2021, respecto del requisito de cinco años de convivencia, como hasta el 2020, lo adoctrinaba la Corte Suprema Sala de Casación Laboral.

Señaló que del resultado de la investigación realizada por la firma "CONSULTANDO LTDA" y la información que en ella se encuentra vertida, especialmente las declaraciones hechas por la propia demandante, cuando manifestó que la convivencia se dio únicamente por 4 años y al momento del fallecimiento no se encontraba conviviendo con el afiliado; asimismo la madre del afiliado fallecido indicó que la convivencia no fue por más de 4 años; mientras antes la accionante indicó que tuvo convivencia superior a 5 años, que es palpable que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia como quiera que no cumplió con el requisito de convivencia, esto es, por lo menos cinco años antes del fallecimiento de su compañero permanente.

Finalmente solicitó, en el caso de no revocarse la sentencia del a quo, se tenga en cuenta, que el reconocimiento de la mesada pensional, se efectuó a la menor por 13 mesadas al año y no por 14, teniendo en cuenta el alcance del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al cual se anuló un reconocimiento de la mesada pensional adicional, de manera que esta pensión no podría tener derecho a este número de mesadas, sino únicamente a las 13 mesadas, en caso de confirmarse la sentencia (min. 43:36).

La apoderada Judicial de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., interpuso recurso de apelación, indicando que el presente asunto, no se cumple con los presupuestos para el reconocimiento pensional en favor de la demandante, y en específico, no se logró demostrar la vida marital hasta la muerte del señor Carlos Andrés, no se cumplió con el requisito de los 5 años de convivencia; que bajo el principio de valoración de la prueba se analice, la investigación de "CONSULTANDO LTDA", donde misma demandante declara que la iniciación de su noviazgo fue en marzo de 2006, y que fue hasta el 07 de diciembre de 2007. Señalo que, la investigación realizada por "CONSULTANDO LTDA" fueron entrevistas presenciales y personalizadas, contrarias a la declaración extrajuicio que rinde, y estas personas suscribieron el documento lo que necesariamente implica que estas tuvieron pleno conocimiento sobre la situación que se avizora en la investigación, hermana, vecina y madre del accionante, refiriendo que solo enuncian convivencia desde nacimiento de la menor en el 2007, lo que genera duda en la unión marital en la convivencia. En ese sentido, de encontrarse dos pruebas que son contrarias dentro del proceso no resulta avante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por las versiones contrarias entre el señor José como padre y abuelo de la menor, contradictoria a las versiones tomadas con la investigación de consultando.

Indicó que, otro punto importante a tratar es que frente a Mapfre no hay lugar al reconocimiento de una suma adicional, como quiera que esta empresa realizó el reconocimiento del pago total del 100% que en principio fue reconocido a la menor, por lo tanto, si se modifica al 50% del reconocimiento a la señora Luz Yenny mi prohijada ya dio cumplimiento en su competencia y ámbito a lo ordenado por la AFP COLFONDOS, entidad que reconoció el 100% de la pensión a la hija del fallecido, pues la aseguradora

conforme al artículo 70 y 77 de la ley 100 realizó el pago correspondiente a la suma adicional para completar el 100% de la pensión, así las cosas, a mi representada no le corresponde el pago de ninguna suma adicional como quiera que ya cumplió con su deber, por el monto de \$107.468.208 en beneficio de la menor y dicha obligación no debe ser asumida por su representada, sino por COLFONDOS, o en su defecto la accionante, en caso de modificarse el 50%.

Frente al tema de la prescripción, solicitó pronunciarse sobre la misma, pues está configurada, por contingencia del 7 de julio de 2012 y la demanda solo se radicó el 30 de enero de 2017, prescripción que operaba el 7 de julio de 2015, sin que los efectos de interrupción cumplieren su efecto jurídico.

Asentó que, Mapfre respecto del seguro previsional únicamente cubre la contingencia de invalidez y sobrevivencia conforme al artículo 70 y 77 de la ley 100, sin embargo, cualquier otro derecho adicional que surja conforme al artículo 141 de esta ley, esta entidad no tiene cobertura para dicha situación como lo ha expuesto la CSJ – Sala Laboral, Magistrado Rad 31214 de 2007, quien ha manifestado que los intereses no están a cargo de los seguros pues solo les asiste el deber al pago de la suma adicional, como quiera que estos intereses se dan de cara a los que deben reconocimiento oportuno, es decir, las AFP, así las aseguradoras no cubren los riesgos operacionales de tales fondos de pensiones, tampoco costas. En lo que tiene que ver con la indexación esta resulta improcedente por cuanto según la jurisprudencia de la CSJ – Sala Laboral no se puede solicitar intereses e indexación. Finalmente, Igualmente difirió que solo se tenga en cuenta las pruebas aportadas por la actora, pese que los testimonios resultaron contrarios a la documental traída por Mapfre (min. 0:47:30).

III. CONSIDERACIONES

No encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a ésta Colegiatura estudiar si la aquí demandante ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante Carlos Andrés Navarro Carvajal; en caso afirmativo, de existir derecho determinar el porcentaje en que le corresponde la prestación económica.

Sea lo primero, precisar, que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que Carlos Andrés Navarro Carvajal; falleció el 07 de julio de 2012, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folio 28 del plenario, data para la cual ostentaba la calidad de afiliado a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías S.A, que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y en la actualidad el 100% de la prestación está en cabeza de su hija menor (Folio 103 a 104).

Clarificado lo anterior, es necesario resaltar, que línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción laboral; expresa que, por regla general, la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente al deceso del pensionado o afiliado. (CSJ SL7358-2014), en el plenario se acreditó que

Carlos Andrés Navarro Carvajal falleció el 07 de julio de 2012, lo que permite determinar que la norma vigente para la fecha de su deceso, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, literales a) y c).

Para resolver sobre la cuestión acerca de la calidad de la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, en su condición de compañera permanente, para ello es imperioso precisar que, frente al requisito de convivencia exigido en el canon transcrito en líneas precedentes, la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto del alcance del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que regula quienes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y lo atinente al requisito de convivencia, observaba igual tiempo necesario en torno a los cinco años como mínimo tratándose del fallecimiento del afiliado o pensionado.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, analizó el criterio imperante y precisó, que acorde a un nuevo análisis de la norma, realizado de cara a la nueva composición de la Sala, el requisito de cinco (5) años de convivencia solo resulta exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados, CSJ SL-1730 del 3 de junio del 2020, tesis reiterada en sentencia SL-2820 del 16 de junio del 2021, en los siguientes términos:

"No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado. Así por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues

de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

Conforme al criterio acogido por la Sala, se concluye que el tiempo mínimo de 5 años de convivencia exigido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable para el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, mas no para cuando el deceso es de un afiliado, por cuanto lo que busca proteger el Sistema General de Seguridad Social es el núcleo familiar, entendiendo la familia a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo «Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos».

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado” (subrayado fuera del texto original)

Determinado lo anterior, la Sala se acoge al criterio antes expuesto de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, esto es, que en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión basta con acreditar la calidad de cónyuge o compañero permanente a la data del deceso, sin que sea necesario acreditar cinco (5) años de convivencia, requisito exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado. De esta manera, las conclusiones de la Máxima Colegiatura se incorporan dentro del concepto en tal acápite de interpretación, también por el magistrado ponente, conforme lo expuesto.

Desciendo al caso en concreto, se verifica con el registro civil nacimiento de la demandante (Fl.30), del 30 de noviembre de 1982, por lo que a la fecha del fallecimiento de causante - 07 de julio de 2012- contaba con 29 años y había procreado descendencia en común con el causante, con natalicio el 07 de diciembre de 2007, conforme se acredita con el registro civil de nacimiento de la menor (fl. 32).

Ahora bien, en lo que respecta a la convivencia, sostiene la actora haber ostentado la calidad de compañera permanente con el señor Carlos Andrés Navarro desde 2006 y hasta la fecha de su deceso.

Al respecto el testigo, José Antonio Ruiz, padre de la accionante indicó, que la actora y el causante se conocieron en 2005, que en el 2006 se fueron a vivir juntos y en el 2007, nació la nieta, que vivían en el barrio Restrepo con el abuelo del causante, quien viajó a Estados Unidos, porque su papá vivía allá, que le enviaba dinero a la actora, ello le consta porque en varias ocasiones la acompañó a retirar el dinero, que Carlos Andrés falleció en julio de 2012, que el proyecto del difunto era organizarse en EEUU con la su hija y nieta. Sin recordar en precisión sobre la visita en nombre de la administradora de pensiones y expresar que contestaron lo que más recordaban, pero indicar no recordar nada más de aquel momento y dar cuenta del proyecto de emigración de la pareja, en aquel momento conformada por su hija y nieta y el afiliado (min. 51:50).

Por su parte Myriam Trujillo Carvajal, manifestó ser tía del causante, señaló que, desde el año 2006, Jenny vivió con Carlos Andrés, en unión libre hasta el día de su fallecimiento -julio de 2012-, nunca se separaron, de dicha unión nació Sara Sofía, que vivían en el barrio Gustavo Restrepo donde el abuelo de él, que el proyecto de su sobrino cuando se fue para EEUU, era organizarse con su hija y Yenny allá, que nunca se separaron, solo cuando él se fue para Estados Unidos pero era para mejorar su economía (min. 1:17:48).

Cesar Camacho, al rendir declaración, señaló que, es amigo de la demandante y del causante, manifestó que desde el 2006 el causante y la demandante convivieron, indicó que el difunto tuvo una niña con la accionante en el 2007, siempre vivieron bajo el mismo techo hasta cuando Carlos Andrés se fue a EEUU por ir a trabajar y hacer ahorros, quien estuvo muy pendiente de la niña y de la actora, les consta también por las veces que el declarante habló con Andrés, siempre fueron cercanos, además de haber sido vecinos (min. 1:46:33).

En lo que respecta a la prueba documental, específicamente a la investigación administrativa realizada por la firma "Consultando" (pág. 256 a 285), y que es objeto materia de apelación, la Sala al efectuar el análisis de la misma, y en conjunto con el acervo probatorio recaudado en autos, evidencia que, en las entrevistas que le realizó la firma a las señoras Luz Miriam Bentancourt amiga del causante, y Ana Milena Navarro hermana del difunto, corroboraron que el afiliado convivía con su compañera en un

apartamento de propiedad del abuelo del causante, que procrearon una hija llamada Sara Sofia, y que convivieron durante 4 años hasta cuando el causante viajó a los EEUU, a conseguir dinero para brindarles una mejor calidad de vida.

De cara a lo indicado, se corrobora con claridad que, para la fecha del deceso, la demandante ostentó la calidad de compañera permanente, hacía parte del núcleo familiar para la fecha del fallecimiento del afiliado Navarro Carvajal, el cual como se reseñó tenía vocación de permanencia viéndose reflejada en el proyecto de vida en común que la pareja emprendió, cuando el causante en busca de obtener un mejor futuro para su familia, al viajar a los EEUU, prestándose apoyo y ayuda mutua como vino de verse. Así las cosas, el hecho que la demandante conviviera con el afiliado fallecido antes la fecha del deceso 4 o 5 años, no es óbice para decir que no es beneficiaria la prestación de sobrevivientes, toda vez que como quedo visto, de acuerdo con doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión basta con acreditar la calidad de cónyuge o compañero permanente a la data del deceso, sin que sea necesario probar cinco (5) años de convivencia, requisito exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado.

En consecuencia, para la Sala se encuentran acreditados los requisitos de ley por parte de la demandante Luz Yenny Ruiz Alarcón, para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, razón por la cual en este punto se confirmará la sentencia apelada.

Frente a la excepción de prescripción, aunque dicha excepción tendría vocación de prosperidad toda vez que el fallecimiento del causante Carlos Andrés Navarro Carvajal sucedió el 7 de julio de 2012, elevando reclamación administrativa la demandante, 31 de enero de 2013 (fl. 95), resuelta negativamente la misma el 31 de mayo de 2013 (fls. 33), y se presentó la demanda el 30 de enero de 2017 (fl. 53), bajo tales circunstancias (artículos 488 y 489 del CST), sin embargo, es de advertir que no hay lugar a valores retroactivos para la demandante, toda vez que el 100% de las prestaciones le fue reconocida a la menor SSNR, y el a quo fijó el 50% de este valor a fecha de ejecutoria de la sentencia. En el mismo sentido tampoco fijó pago de condena por indexación o intereses moratorios, estando supeditada la obligación en el 50% a favor de la parte actora como compañera permanente a futuro con corte a la ejecutoria de la sentencia.

Como se ha expuesto, las testimoniales bajo intermediación del juez, explican que el viaje al exterior del causante no obedeció a ruptura del nexo familiar, sino a propender por mejores condiciones económicas para este hogar y en todo caso que la convivencia se consolidó como pareja y hogar, en tiempo que si bien no tiene que consolidarse en más de cinco años, porque tratándose de un afiliado, esto no limita el derecho, incluso que tal vinculo afectivo y de hogar se consolidara, sin que con ello la documental y testimonios se tornen divergentes, pues se aclara que en caso que lo fueran seria en torno al corte de cinco años de convivencia, pero tal enunciado deja

de ser premisa de la disposición que como norma ahora se interpreta en Casación Laboral, se itera, en caso de fallecimiento de un afiliado.

Ahora bien, respecto al reproche de Colfondos S.A., en lo atinente a la mesada adicional o mesada catorce, debe indicar la Sala que, el derecho pensional se causó con la muerte de afiliado fallecido, esto es, 07 de julio de 2012, y si bien es cierto se trata de una mesada de 1 SMLMV, no obstante, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005 que a la letra dice: "*parágrafo transitorio 6º Se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán (14) mesadas pensionales al año.*", resulta afectada la prestación, pues la causación ocurrió después de la entrada en vigencia de la citada reforma constitucional, razón por la cual la accionante no tiene derecho a percibir la mesada catorce, por consiguiente, en este punto se revocará la sentencia apelada.

Finalmente, Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A, indica que no existe obligación alguna para proveer la suma adicional, como quiera que realizó el reconocimiento del pago total del 100% que en principio fue reconocido a la menor, al respecto, se debe exaltar que el aseguramiento a través del seguro previsional de invalidez y sobrevivientes se encuentra definido en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, con el cual se busca garantizar el valor necesario para completar el capital pensional. Bajo este presupuesto, es obligatoria la contratación del seguro previsional en el sistema de ahorro individual, toda vez que los aportes realizados y sus rendimientos pueden resultar insuficientes para financiar la prestación, por consiguiente, por orden legal y sin necesidad de pronunciamiento judicial, le corresponde a Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A, proveer las sumas adicionales para el cubrimiento de las pensión de sobrevivientes reconocidas en esta instancia, por tratarse de una cobertura automática. Así lo enseñó esta Corporación en sentencia CSJ SL929-2018, donde señaló:

"(...) Así las cosas, resulta claro que tal cobertura es automática, pues si se condena a la AFP al pago de la prestación periódica, a la Aseguradora, por ministerio de la ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes."

De otro lado, la Sala no se pronunciará, frente a lo interés moratorios e indexación a que se refiere la accionada Mapfre S.A, toda vez que, el a quo, no atribuyó obligación a su cargo por estos conceptos, resultando inocuo el estudio de estos.

Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

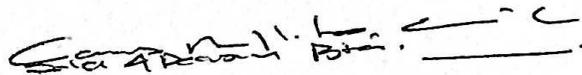
PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido absolver a Colfondos S.A. de pagar a favor de la accionante Luz Yenny Ruiz Alarcón la mesada 14, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

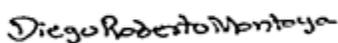
Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

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: **d9adc5054324142cd07c8963efadd211a3a854112182fde33ca38bf10e62cd3b**

Documento generado en 30/09/2022 04:10:06 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

-30- de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral: 11001310500820190085501
Demandante: FELICIANO SOSSA QUINTERO
Demandado: ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de junio 13 de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Feliciano Sossa Quintero llamó a juicio a Alpha Seguridad Privada Limitada, para que, previos los trámites legales, se declare que las sumas percibidas por conceptos de «bonificación ocasional» y «auxilios» durante el lapso comprendido entre el 19 de agosto de 2005 y el 15 de marzo de 2015, constituyen salario para todos los efectos legales.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a la parte demandada al pago de la reliquidación las prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud, teniendo en cuenta para ello las sumas percibidas por conceptos de «bonificación ocasional» y «auxilios», que las precisa del 19 de agosto de 2005 al 25 de enero de 2018, así como, el valor de total de los recargos por trabajos en jornada nocturna, dominicales y festivos. De igual manera, solicitó el pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, de la sanción por mora en el pago de intereses de cesantías y la indemnización por despido injusto, junto con las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, peticionó se indexen las sumas adeudadas, en caso de no concederse el pago de las primeras dos sanciones antes mencionadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue vinculado por la sociedad demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de agosto de 2005, para desempeñar el cargo de

vigilante- guarda de seguridad, el cual ejecutaba en los lugares que su empleador dispuso tales como el Centro Comercial Salitre Plaza, Kantory Ingenieros, M.T.F Administración total, Tintal Plaza Centro Comercial y el Centro Comercial Plaza de las Américas en Bogotá. Informó que, el 25 de enero de 2018 Alpha Seguridad Privada dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa su contrato de trabajo.

Relacionó los valores que percibió mensualmente durante la vigencia de la relación laboral, por conceptos de remuneración fija u ordinaria, auxilio de transporte, prestaciones sociales, vacaciones y bonificación ocasional o auxilios, manifestando que estos últimos rubros tenían como propósito remunerar los servicios personales prestados por él.

Adujo que, que prestó sus servicios cumpliendo una jornada de 6AM a 6PM y de 6PM a 6AM de lunes a domingo, no obstante, la demandada no le canceló el valor total de los recargos por trabajos en jornada nocturna, dominicales y festivos y por trabajo suplementario. Recalcó que la sociedad no tuvo en cuenta el auxilio legal de transporte, las bonificaciones ocasionales o auxilios ni el valor de los recargos por trabajos en jornada nocturna, dominicales y festivos y por trabajo suplementario para liquidar las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales; finalmente, manifestó que no se le informó dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato sobre los aportes a seguridad social y parafiscales¹.

Posteriormente, en escrito de reforma de demanda, adicionó que la demandada lo sancionó con el despido como consecuencia de una posible violación al código penal asumiendo competencias de un juez penal, por cuanto el proceso disciplinario que se le adelantó fue con fundamento en las normas penales que no rigen en la empresa; además que fue sancionado en dos ocasiones con el pago de bombillos rotos y posteriormente con el despido, aun cuando Alpha Seguridad no sufrió daño o afectación comercial alguna por parte del trabajador, como tampoco se presentó ni existe denuncia penal.

Agregó que, la empresa aplicó la sanción de terminación del contrato de trabajo que supera la falta de romper dos bombillos, violando el régimen de sanciones legales en materia laboral, vulnerando igualmente el debido proceso al trabajador al no ser sometido a un proceso disciplinario ajustado a la ley, ni haber mencionado la falta y sanción aplicable dentro del proceso realizado. Por último, añadió que la demandada ha actuado de mala fe ante el despido y la falta de pago debido de los salarios y prestaciones laborales de los trabajadores de forma continua, siendo demandada por los mismos hechos en otros procesos judiciales².

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

¹ Expediente digital: «08 2019 00855 01 -1» págs. 5 a 23.

² Expediente digital: «08 2019 00855 01 -3» págs. 35 y 36.

Alpha Seguridad Privada Limitada, presentó escrito de contestación a la demanda en la que aceptó los hechos relacionados a la modalidad contractual, extremos temporales, cargo y funciones desempeñadas, los lugares donde prestó el servicio y los valores mensuales que percibió el actor por concepto de remuneración fija u ordinaria y auxilio de transporte. Respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarles.

Con relación a las pretensiones, se opuso a la totalidad de ellas por considerar que no son ciertos los hechos expuestos por la actora, ni tampoco existió un despido sin justa causa. Recalcó que no se le adeuda suma alguna al señor Sossa Quintero, ni al sistema integrado de seguridad social derivado de la vinculación laboral que hubo entre las partes, como tampoco hay lugar a pensión sanción, ni a moratoria alguna. Formuló como excepciones las de *«prescripción parcial en el evento de la existencia de obligaciones derivadas del contrato de trabajo suscrito el 19 de agosto de 2005 y terminado el 25 de enero de 2018»*, *«pago»*, *«falta de causa y título para pedir»*, *«inexistencia de las obligaciones reclamadas»* y *«cobro de lo no debido»*.³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día once (11) de noviembre de 2021, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LTDA de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor FELICIANO SOSSA QUINTERO, de conformidad a las motivaciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo debido, relevándose el despacho del estudio de pronunciamiento de los demás medios efectivos, invocando a las resultas del proceso.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.”

Para arribar a tal conclusión, advirtió que no fue motivo de duda que entre las partes existió un contrato de trabajo por medio del cual el demandante tuvo el cargo de guarda de seguridad. Precisó que aun cuando determinados rubros sean factores constitutivos de salario, es lícito para las partes quitarle esa connotación al pactar la exclusión de los ingresos de la base del cómputo para la liquidación de otros beneficios. Agregó que las partes están autorizadas a excluir determinados ingresos de la base de liquidar prestaciones sociales, por lo que la suscripción del contrato mantiene la eficacia de los acuerdos celebrados entre ellas, cuando los mismos no afectan o desconocen el mínimo de derechos y garantías conforme el artículo 13 del CST de manera que siendo válido y eficaz el contrato, el mismo

³ Expediente digital: «08 2019 00855 01 -3» págs. 9 a 30 y 39 a 45.

mantiene la fuerza vinculante e impide las reliquidaciones solicitadas por el actor.

Sostuvo que, desde la suscripción del contrato, se pactó que las bonificaciones no serían constitutivos del salario, precisando que la destinación de dichos rubros fue concedida desde el acta de socios donde se evidenció que estos pagos, aunque fuesen habituales, no tienen el carácter de salariales. Consideró igualmente que, entre las partes se estableció el pago de la bonificación y que la destinación de este era por concepto de transporte, por lo que no se puede entender como factor salarial conforme lo consagrado en el artículo 128 del CST, lo que derivó la absolución de la reliquidación de las prestaciones sociales.

En cuanto al despido sin justa causa, recalcó que la misma estaba cimentada en que fue de manera unilateral por parte del empleador y en el mismo sentido se tiene que, según la carta de terminación del contrato, se entiende que la terminación se realizó con fundamento en el numeral 6 del artículo 62 del CST, con base en el procedimiento administrativo disciplinario a él adelantado.

Frente a la sanción por la no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria, precisó que el empleador cumplió con las obligaciones de ley en la medida de consignar el valor de las cesantías para cada año en la cuenta individual del trabajador, así como la totalidad de las acreencias laborales, por lo que no hay sustento para proceder a su condena. Finalmente, en cuanto a las horas extras y trabajo nocturno, señaló que en el proceso no se encuentra acreditado que se hayan realizado labores adicionales para el que fue contratado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del señor Feliciano Sossa Quintero interpuso recurso de apelación, en el que solicitó se revoque la sentencia de primera instancia argumentando que los pagos realizados por la empresa, denominados como bonificaciones y auxilios, son elementos constitutivos de salario. Mencionó que la decisión es contraria a la jurisprudencia y a las normas sustantivas del derecho laboral por cuanto que el párrafo 2º del contrato de trabajo, en el que se determinó la exclusión de los pagos salariales era frente a la alimentación, vivienda, transporte y vestuario, los cuales no se ajustan a la descripción que se ha hecho y se ha probado que corresponde a bonificaciones y auxilio. Solicitó revisar el interrogatorio de parte realizado por el representante legal de la demandada con el que no se pudo establecer que las bonificaciones y auxilios se ajustaran a estas exclusiones realizadas en el contrato de trabajo, y que, por el contrario, pertenecen a pagos realizados mensualmente durante toda la relación laboral del demandante con la empresa, y con este vínculo se

determinó que sí hacen parte de la prestación personal del servicio por lo que debía ser considerado como parte del salario.

Señaló que, la decisión tomada se adaptó al acta realizada por los socios de la empresa que corresponde a años posteriores al inicio de la actividad laboral del accionante, teniendo en cuenta que él ingresó a laborar en la empresa en el año 2005. Por otra parte, en cuanto al despido sin justa causa, solicitó revisar el procedimiento que la empresa consideró que era el debido proceso con relación a la terminación del contrato, por cuanto no hay relación directa entre el proceso de descargos con la decisión del despido, además que, tampoco se llevó correctamente el proceso disciplinario en cuanto le aplicaron normas del estatuto penal, escenario que no competía al empleador.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si las bonificaciones y auxilios devengados por el demandante debieron tenerse en cuenta como factores salariales para efectos de liquidar sus prestaciones sociales y si, en consecuencia, hay lugar a reliquidar las erogaciones laborales junto con la procedencia de la sanción e indemnización moratoria. De igual manera, se verificará si el señor Sossa Quintero tiene derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

V. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura, en virtud del principio de consonancia, a centrar su estudio en los problema jurídicos planteados en relación con la discusión sobre el carácter salarial de las bonificaciones y auxilios y sobre el despido sin justa causa, no sin antes advertir que no fue objeto de reproche por ninguna de las partes la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre Feliciano Sossa Quintero y Alpha Seguridad Privada Limitada, el cual inició el 19 de agosto de 2005 y finalizó el 25 de enero de 2018, por decisión del empleador, en virtud del cual el trabajador se desempeñó en el cargo de guarda de seguridad, aspectos que, además de haber sido excluidos del debate probatorio por la aceptación de las partes contratantes, se constatan con la documental visible a folios 24,25 y 32 a 46 del expediente digital, archivo: «08 2019 00855 01 -1».

De igual manera, conforme los desprendibles de nómina aportados por el extremo pasivo⁴, se observa que la demandada le reconoció al demandante, durante la vigencia de la relación laboral, mensualmente una suma de dinero por concepto de «BONIFICACIÓN OCASIONAL» y/o «AUXILIOS».

⁴ Expediente digital: «CD FL 168», «Anexos Contestacion», «1 A 18 PRUEBAS DOCUMENTALES», « 10 COMPROB DE PAGO DEVEN, PRIMAS, VACACIONES, INT CENS»

Al respecto, es menester establecer que los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias radicadas con SL5159 de 2018 y SL4342-2020, lo siguiente:

“Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.

Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.”

Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio,

ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.”

De acuerdo con el estudio desplegado y citado, se concluye que la prima extralegal constituye salario ante la ausencia de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que debe seguirse la regla general que divulga que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.

Como se expresó en la sentencia citada: *"Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida"*

Ajuicio de la aludida Corporación, no obstante dicha facultad, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del CST para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (CSJ SL1798-2018).

De igual manera, debe indicarse que, en cuanto al carácter salarial de un

pago y la carga de la prueba, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha precisado que *«el empleador [...] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas Contingencias (CSJ SL5159-2018 y SL986-2021)»*.

Entonces, al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera habitual y constante para invertir la carga de la prueba que, en estos casos, consiste en que al empleador le corresponde demostrar lo contrario, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en Sentencia CSJ SL4866-2020 *«Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio»*.

En el caso concreto, como ya se refirió en el problema jurídico referenciado con anterioridad, la sinopsis del caso se circunscribe a establecer si la «bonificación ocasional» y/o «auxilios», son constitutivos de salario; rubros que efectivamente fueron percibidos de manera constante y habitual por el señor Feliciano Sossa durante la vigencia del contrato de trabajo que mantuvo con Alpha Seguridad Privada Limitada, tal y como se verifica en los desprendibles de nómina aportados por la ex empleadora⁵. Entonces, correspondía a esta última demostrar que dichos conceptos estaban dirigidos a un fin diferente que la retribución directa del servicio.

Al respecto, se observa que a folios 24 y 25 del expediente digital, archivo: «08 2019 00855 01 -1», yace contrato de trabajo suscrito entre las partes, donde el parágrafo segundo de la cláusula segunda establece lo siguiente:

“SEGUNDA: REMUNERACIÓN (...)

PARAGRAFO SEGUNDO: Las partes acuerdan que en los casos en que se le reconozca al TRABAJADOR beneficios diferentes al salario, por concepto de alimentación habitación o vivienda, transporte y vestuario, se considerarán tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni el pago de aportes parafiscales (diferentes a los de la seguridad social), de conformidad con los Arts. 15 y 16 de la ley 50/90, en concordancia con el Art. 17 de la 344/96. “

Adicionalmente, se avizora en el plenario el No. 137 «ACTA DE JUNTA DE SOCIOS EXTRAORDINARIA ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA» en la

⁵ Expediente digital: «CD FL 168», «Anexos Contestacion», «1 A 18 PRUEBAS DOCUMENTALES», « 10 COMPROB DE PAGO DEVEN, PRIMAS, VACACIONES, INT CENS»

que se advierte que la junta de socios de Alpha, en reunión extraordinaria celebrada el 4 de noviembre de 2008, aprobó la propuesta para el establecimiento de políticas para el manejo de un fondo financiero con destino a generar fidelidad, excelencia en el trabajo, reducir el índice de rotación del personal, estableciendo puntualmente lo siguiente:

“A continuación toma la palabra el Gerente Friedrich Birschel y explica las dificultades [sic] que se han presentado en el manejo del personal, para que este asuma un mayor compromiso con el trabajo y teniendo en cuenta el ingreso al mercado de más competencia en especial con inversión extranjera. Lo que nos obliga a adoptar políticas y estrategias permanentes a optimizar el recurso humano en procura de la excelencia, como basé [sic] para una estabilidad y permanencia en el negocio.

En cumplimiento de esta necesidad se propone la creación de un fondo para generar estímulos financieros de mera liberalidad a los trabajadores en procura de la fidelidad, excelencia en el trabajo y reducción de índices de rotación.

Los recursos se destinarán a crear programas de auxilios, bonificaciones, gratificaciones, incentivos a título gratuito, todos ellos no constitutivos de salario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 15 de la ley 50 de de [sic] 1990 y en concordancia con lo pactado en el contrato de trabajo con cada uno de los trabajadores.

Terminada la exposición, la propuesta es debatida y sometida a aprobación siendo aprobada por unanimidad, tal y como más adelante se indica, ACLARANDO la misma en el sentido de indicar que los programas de estímulo de manera independiente al nombre que se les otorgue (auxilio, bonificación o cualquier otro) nunca harán parte del salario pactado y que estos programas podrán ser desmontados en cualquier momento si así lo dispone la junta de socios o por variación en la ley ⁶”.

Por su parte el señor Friedrich Emanuel Birschel Guerike, en interrogatorio de parte rendido⁷, manifestó que al demandante le efectuaron un pago mensual denominado como bonificación y/o auxilios. Al respecto explicó que los mismos en ningún momento se pagaron de una remuneración directa para el enriquecimiento del vigilante, pues estos eran unos auxilios que se brindaban precisamente porque algunos sitios de trabajo eran alejados y requerían un mayor trayecto en el transporte. Señaló que la empresa no controlaba la destinación que el demandante le daba al dinero recibido por los referidos conceptos, por cuanto sabían que eran costos que él tenía que asumir para llegar a su puesto de trabajo, sin necesidad de hacerle interventoría a los mismos.

⁶ Expediente digital: «CD FL 168», «Anexos Contestacion», «1 A 18 PRUEBAS DOCUMENTALES», « 8 ACTA DE JUNTA DE SOCIOS 137 DEL 4 DE NOV DE 2008»

⁷ Min 20:10

Explicó que en el 2008 la junta de Alpha Seguridad se reunió y determinó un dinero que se le iba a cancelar a los guardas con la intención de fidelizarlos y estimularlos a permanecer en la empresa, por tal razón, se estableció un pago adicional por encima del salario mínimo, y se decidió brindarles un apoyo. Que el valor de la bonificación y/o auxilios se determinaba a principio de año y se pagaba en 12 cuotas mensuales, con el fin de brindarles un estímulo para que trabajaran en la empresa.

Aclaró que, previo a la anterior decisión, al demandante se le brindaron unos apoyos económicos dependiendo del sitio del trabajo a dónde debía cumplir sus funciones, y que este se determinaba específicamente dependiendo del sitio de trabajo, por las dificultades que se presentaban para poder llegar y, muchas veces, las complicaciones que se tenían para tomar alimentos. Por lo anterior, que la empresa, desde el inicio de la relación, decidió darle un auxilio para cubrir sus necesidades de transporte y alimentación, y que pudieran prestar un buen servicio. Finalmente indicó que a partir del 2008 tienen un nuevo contrato que fue suscrito por los colaboradores en los que, puntualmente, se dejó claridad que las bonificaciones y auxilios no eran factor salarial conforme el artículo 128 del CST, y que desde hace unos 2 años tienen un pacto suscrito con los trabajadores al respecto.

Para el efecto, en alcance de lo previsto en el artículo 61 del CPTSS, de las documentales que reposan dentro del plenario, más exactamente las allegadas por ambas partes y que refieren a los desprendibles de nómina, se evidencia que al demandante en el transcurso de la relación laboral, la cual fue por el periodo comprendido entre el 19 de agosto de 2005 al 25 de enero de 2018, se le mantuvo pagos constantes denominados en un principio como «BONIFICACIÓN OCASIONAL» y posteriormente como «AUXILIO» .

De ahí que el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, no generan el mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante al trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico.

Es cierto, que en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la empresa demandada indicó que los denominados «bonificación ocasional» y «auxilios», en ningún momento se pagaron como una remuneración directa del servicio ni para el enriquecimiento del demandante, pues, afirmó que los mismos brindaban precisamente porque en algunos sitios eran alejados y requería un mayor transporte así como para suplir la dificultad para tomar alimentos; lo cierto es que nada de ese objetivo mencionado por la demandada fue acreditado en el plenario, pues el mismo representante legal aceptó que dichos pagos eran esenciales para que el trabajador cumpliera con su función de vigilante, además que la empresa no controlaba la destinación que se le daba al dinero recibido por los referidos conceptos.

En consecuencia, como quiera que la demandada no demostró el propósito de los pagos, por el contrario, como se expuso anteriormente, eran habituales, periódicos y permanentes, pues fueron percibidos en las mismas mensualidades de los años 2005 a 2018, en las mismas condiciones en que se le cancelaba el salario básico al trabajador, para que este dispusiera de esos dineros en cualquier momento y lugar, sin ninguna especificación, control o condicione por el empleador, se debe seguir el criterio general, según el cual, se trata de un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado.

Lo anterior aun cuando no medió pacto de exclusión salarial, no es suficiente al respecto lo determinado unilateralmente al interior de la sociedad empleadora Acta No. 137, ya que en el contrato de trabajo sólo se hizo referencia a que no se tendrían en cuenta como factor salarial los beneficios diferentes al salario por concepto de alimentación, habitación o vivienda, transporte y vestuario, los cuales, en nada tienen que ver con la denominación dada por el empleador a las bonificaciones y/o auxilios que la pagaba al demandante.

De acuerdo con lo expuesto, se deberá revocar la sentencia de primer grado, y así disponer la reliquidación de las acreencias laborales. La Sala se adentra a realizar las operaciones correspondientes a efectos de ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones que devengó el actor, señalando que desde el inicio de la relación el trabajador recibió la bonificación ocasional y/o auxilio, por lo que se deberá ordenar la liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta dicho rubro, para lo cual se tomará como promedio lo devengado año tras año⁸ en lo respectivo así:

<i>Tabla Salarial</i>	
<i>Año</i>	<i>Promedio bonifi/aux.</i>
<i>2005</i>	\$ 113.000,00
<i>2006</i>	\$ 143.539,42
<i>2007</i>	\$ 158.175,92
<i>2008</i>	\$ 187.063,83
<i>2009</i>	\$ 172.591,08
<i>2010</i>	\$ 181.057,00
<i>2011</i>	\$ 214.800,00
<i>2012</i>	\$ 215.291,67
<i>2013</i>	\$ 161.175,00
<i>2014</i>	\$ 205.850,00
<i>2015</i>	\$ 207.626,42
<i>2016</i>	\$ 220.103,42

⁸ Expediente digital: «CD FL 168», «Anexos Contestacion», «1 A 18 PRUEBAS DOCUMENTALES», « 10 COMPROB DE PAGO DEVEN, PRIMAS, VACACIONES, INT CENS»

2017	\$ 239.744,25
2018	\$ 180.983,00

Así las cosas, se procede con la reliquidación por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, no sin antes advertir que la sociedad demandada propuso la excepción de prescripción. Por lo que, para lo respectivo, se tendrá en cuenta que la finalización del vínculo laboral data del 25 de enero 2018 y la presente demanda fue radicada el 16 de diciembre de 2019⁹, dado la presentación de la excepción de prescripción por la demandada.

AUXILIO DE CESANTÍAS

En relación con esta prestación social, debe recordarse que si bien la ley dispone que su liquidación es anual, el término prescriptivo comienza a contabilizarse una vez finaliza la relación laboral, que es cuando se causa o se hace exigible, por lo tanto, tal prestación no está afectada por el fenómeno extintivo. Efectuadas las operaciones aritméticas, se establece que la demandada adeuda por este concepto la suma de \$ 2.361.019,60

INTERESES A LAS CESANTÍAS Y SANCIÓN POR NO PAGO

Como quiera que los intereses a la cesantía es una prestación que tiene por finalidad reconocer un rendimiento sobre los saldos acumulados de las cesantías y se paga por una sola vez en el mes de enero del año siguiente al que se causaron, en la fecha del retiro del trabajador o en el mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando ello su produzca antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual.

Es evidente entonces que los intereses causados entre el 19 de agosto de 2005 y el 15 de diciembre de 2016 están prescritos, pero no lo están los proporcionales causados entre el 16 de diciembre de 2016 y el 25 de enero de 2018. Por este concepto se adeuda la suma de \$29.974,56

Asimismo, según el numeral 3° de la Ley 52 de 1975 el incumplimiento de dicha obligación genera una sanción equivalente al mismo valor que se debía reconocer por intereses, cuya imposición automática. Así, esta sanción se condenará en la suma de \$29.974,56.

PRIMA DE SERVICIOS

En relación con esta prestación, el término de prescripción también se debe contabilizar a partir de que cada emolumento se hizo exigible. Así, están prescritas las primas de junio de 2015 hacia atrás. Por este concepto se adeuda la suma de \$ 362.364,22

VACACIONES

⁹ Expediente digital: «08 2019 00855 01 -2» pág.123

Para este concepto debe tenerse presente que el término trienal para contabilizar las vacaciones inicia una vez finaliza el periodo de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute. Así entonces se adeuda la suma de \$274.273.

PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN Y SALUD

En vista de la diferencia salarial declarada con la presente sentencia, se hace palmaria la necesidad de ordenar el pago de la diferencia de los aportes que por concepto de pensiones tenía que sufragar para los ciclos comprendidos entre el 19 de agosto de 2005 hasta el 25 de enero de 2018, los cuales no son susceptibles de prescripción. Por lo que se condenará al referido concepto, teniendo en cuenta para ello lo devengado por el actor mes a mes por concepto de «bonificación ocasional» y/o «auxilio», y para tal efecto se deberá tener en cuenta los valores contenidos en el Expediente digital: «CD FL 168», «Anexos Contestacion», «1 A 18 PRUEBAS DOCUMENTALES», « 10 COMPROB DE PAGO DEVEN, PRIMAS, VACACIONES, INT CENS»

No se condenará, a la reliquidación por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud teniendo en cuenta que este tema está regulado por la Ley 100 de 1993 donde se resalta la especial protección que debe tener el empleador frente a sus trabajadores mientras esté vigente la relación laboral y la obligación que tienen las administradoras de cada régimen de exigir el cumplimiento al empleador de los aportes si se efectuó la afiliación respectiva. Por lo tanto, como lo ha definido el sistema de seguridad social integral, el recaudo de los aportes patronales obligatorios para salud le corresponde a las empresas prestadoras del servicio donde se afilió el trabajador, no al trabajador, por lo que se resta legitimación al trabajador para obligar al empleador a efectuar el pago de la reliquidación por este concepto.

SANCIÓN POR CONSIGNACIÓN DEFICITARIA DE LAS CESANTÍAS EN UN FONDO E INDEMNIZACION MORATORIA

Tanto la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST como la sanción por no consignación de cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se ha definido de manera pacífica en la jurisprudencia proferida por la H. Sala Laboral de la CSJ, a modo de ejemplo la sentencia SL12854-2016, indica que su imposición no es automática ni inexorable, puesto que debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la

mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra.

Es por ello que, en el caso de autos, no considera la Sala atendible la existencia de un actuar de buena fe de la pasiva por el no reconocimiento de la bonificación ocasional o auxilio para el pago de las prestaciones sociales, que como ya se hizo alusión, constituían factor salarial, por lo que al haberse negado este rubro en toda la relación laboral opera la sanción e indemnización impuesta en primera instancia. En este punto, las consideraciones realizadas por la demandada en un intento de evidenciar buena fe, no son de recibo si se tiene en cuenta que no se puede mostrar desconocedora de las sumas que de manera periódica, uniforme y en retribución del servicio devengaba el demandante como salario durante toda la relación laboral.

En consecuencia, se condenará a Alpha Seguridad Privada a pagar al señor Sossa Quintero la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por el pago deficitario de las cesantías, con base en los salarios determinados incluyendo para lo respectivo el promedio de la bonificación ocasional y/o auxilios devengados por el demandante así:

<i>Año</i>	<i>Periodo</i>		<i>No. Días de Sanción</i>	<i>Sanción</i>	<i>Total</i>
<i>2015</i>	<i>16/12/2016</i>	<i>15/02/2017</i>	<i>60</i>	<i>\$ 33.349,86</i>	<i>\$ 2.000.991,67</i>
<i>2016</i>	<i>16/02/2017</i>	<i>25/01/2018</i>	<i>340</i>	<i>\$ 32.843,06</i>	<i>\$ 11.166.638,89</i>
<i>Total Indemnización por no pago cesantías</i>					<i>\$ 13.167.630,56</i>

De igual manera, se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio de lo devengado por el trabajador durante el último año de servicios, incluyendo la bonificación y/o auxilios, por lo que se condenará a la demandada a la siguiente suma:

<i>Fecha Inicial</i>	<i>Fecha Final</i>	<i>No. Días</i>	<i>Sanción Moratoria Diaria</i>	<i>Total Sanción</i>
<i>26/01/2018</i>	<i>25/01/2020</i>	<i>720</i>	<i>\$ 35.116,72</i>	<i>\$ 25.284.040,00</i>
<i>Total Sanción Moratoria</i>				<i>\$ 25.284.040,00</i>

Y a partir del 26 de enero de 2020 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, vigente para el momento del pago de las prestaciones sociales adeudadas.

DEL DESPIDO INJUSTO

Por otra parte, como segundo punto de apelación, solicitó la apoderada de la parte demandante se analice el procedimiento realizado al actor para darle por terminado su contrato de trabajo, pues, a su consideración, no se garantizó el debido proceso y, en consecuencia, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST.

Al respecto, es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para la terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del CST.

También, se debe tener en cuenta que, como es sabido, la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización y/o reintegro por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL5523-2016 y SL1166-2018, entre otras). Advirtiéndole que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Igualmente, ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de este, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que esta circunstancia, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación; por consiguiente, el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal. Siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esa determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual que los une.

En este caso, el hecho del despido, no ofrece controversia probatoria alguna, por cuanto no se niega en el escrito de la demanda ni se reprochó en el recurso de apelación dicha situación; en consecuencia al estar demostrado el hecho del despido de la parte actora, se debe establecer si la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo con o sin justa causa, para ello debemos remitirnos a la aludida carta de despido¹⁰, el cual, en su contenido se especificó que la terminación se daba por lo siguiente:

1. En ejercicio de su cargo como guarda de seguridad, fue asignado a prestar servicio de vigilancia en el Centro Comercial Plaza de las Américas.

2. En dicho puesto de servicio ha estado asignado desde los últimos dos años medio, ejerciendo funciones de seguridad, con el fin de proteger los bienes y prevenir la actividad delincuencia, siendo responsable por el cumplimiento de los reglamentos y consignas de la Compañía, reglamentos y funciones que son plenamente conocidas por usted.

3. De acuerdo con la novedad reportada por el cliente, el día 20 de enero de 2018, siendo las 2:44 A.M., usted dispuso de bienes de la copropiedad que estaban a su cuidado en zona común arrendada a la tienda Alpina; tal y como reconoció en la diligencia de descargos realizada el 25 de enero de 2018.

4. Que la cláusula primera de su contrato laboral indica: PRIMERA: OBJETO. EL EMPLEADOR contrata los servicios personales del TRABAJADOR y éste se obliga a: a) poner el servicio del EMPLEADOR toda su capacidad norma de trabajo, en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta EL EMPLEADOR directamente o a través de sus representantes.

5. Que el oficio por usted realizado como guarda de seguridad y como tal de custodia de bienes de terceros.

6. Que por su parte, la cláusula séptima del contrato de trabajo en cuanto a terminación unilateral indica: SEPTIMA. TERMINACIÓN UNILATERAL. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato, por cualquiera de las partes, las enumeradas en los Arts. 62 y 63 del C.S.T. , modificados por el Art. 7º del decreto 2351/65 y además, por parte del EMPLEADOR, las faltas que para el efecto se califiquen como graves en reglamentos y demás documentos que contengan reglamentaciones, órdenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular, pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales y las que expresamente convengan calificar así en escritos que formarán parte integral del presente contrato.

Expresamente se califican en ese acto como faltas graves la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 73 del decreto ley 356 de 1994 , el objetivo de la actividad por usted desarrollada es " Disminuir y

¹⁰ Expediente digital archivo: «13 DOCTERMINACIÓN DEL CONTRATO HASTA LIQ.pdf» págs. 1 a 3.

prevenir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección, sin alterar o perturbar las condiciones para el ejercicio de los derechos libertades públicas de la ciudadanía sin invadir la órbita de competencia reservada a las autoridades.”

Y, siendo su deber como personal integrante del servicio de seguridad contratado, y estando debidamente capacitado de acuerdo con su curso de entrenamiento y reentrenamiento, en los términos de lo dispuesto en el artículo 74 del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, igualmente son sus obligaciones:

- 1. Acatar la Constitución, la Ley y la ética profesional.*
- 2. Actuar de manera que se fortalezca la confianza pública en los servicios que presta.*
- 3. Adaptar medidas de prevención y control apropiados y suficientes, orientados a evitar que los servicios puedan ser utilizados como instrumentos para la realización de actos ilegales, en cualquier forma, o para dar apariencia de legalidad a actividades delictivas o prestar servicios a delincuentes o a personas directa o indirectamente vinculadas con el tráfico de estupefacientes o actividades terroristas.*

Por lo anterior, teniendo en cuenta que, agotado el procedimiento disciplinario contenido en el Reglamento Interno de Trabajo, luego de estudiados los descargos, informes y soportes de los mismos; no se encontró excusa alguna en la actuación realizada por Usted, constando la existencia de conducta reprochable que puso en riesgo el servicio contratado, máxime cuando el objeto de la prestación de la labor personal es la protección de bienes de terceros, siendo del caso la terminación de su contrato de trabajo por justa causa en los términos de lo indicado en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo”, haciendo alusión al literal A, numeral 6° de la norma.”

Así pues, se concluye que la falta calificada como grave se circunscribió, en síntesis, al hecho de que el actor el 20 de enero de 2018 dispuso de bienes de la copropiedad que estaba a su cuidado en zona común arrendada a la tienda Alpina. Allí, se ponen de presente las posibles faltas en que incurrió el trabajador, tales como la violación de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST.

En ese sentido, se advierte que, en el evento de la violación de cualquier falta grave consagrada en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o en los reglamentos, no puede ni le es dable al juzgador apreciar la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos, calificados previamente como infracciones en tales convenios.

En ese orden de ideas, debe señalarse que la cláusula séptima del contrato de trabajo prescribe que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato por cual quiera de las partes las descritas en la ley, además de las faltas que, para el efecto, se califiquen como graves en reglamentos y demás documentos que contengan reglamentaciones, ordenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular.

De igual forma el Reglamento Interno de Trabajo¹¹ establece en su Capítulo XIII la escala de faltas y sanciones disciplinarias, dentro de las que estipula que constituyen faltas graves art. 48 «*d. Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias*».

Por su parte, en el acta de descargos¹², el actor señaló respecto a la conducta a él endilgada:

PRIMERO: Sírvase manifestar a esta oficina si usted estuvo de turno el día 19 de enero del año en curso, en caso afirmativo que turno cumplió.
- CONTESTO. - Si presté turno de 18:00 horas del 19 de enero de 2.018 hasta las 06:00 horas del día 20 de enero de 2018.

SEGUNDO. -Que novedad se presentó durante su turno anteriormente mencionado.- CONTESTO.- La verdad no sé qué me pasó y retiré dos bombillos que igualmente se me dañaron, los retiré del stand de Alpina, no sé qué me ocurrió para coger los bombillos, soy sincero que yo lo cogí, después de retirarlos yo cargaba un bolsito con el termo y ahí los metí y se me dañaron.

[...]

QUINTO.- Tiene usted conocimiento que con los hechos que acaba de narrar se ha presentado una infracción al código penal conocida como Hurto, agravado por la confianza, en menor cuantía, que nos puede manifestar. -CONTESTO. - la verdad no sé qué me pasó para tomarme para mi esos dos bombillos, pero no estoy acostumbrado a robar. Cometí ese error y lo reconozco.”

Es un hecho entonces, de acuerdo con las pruebas antes reseñadas que como lo concluyó el Juzgado, en el juicio se demostró que el demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones, lo cual constituyen faltas graves que no pueden calificarse de otra forma distinta a como lo hizo la empresa demandada al desvincularlo de su relación laboral, pues en efecto incurrió en las causales legales que facultan al empleador para dar por terminado con justa causa el respectivo contrato de trabajo, ya que incumplió con sus deberes y obligaciones.

¹¹ Expediente digital: «7 REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO ALPHA SEGURIDAD PRIVADA.pdf»

¹² Expediente digital: «13 DOCTERMINACIÓN DEL CONTRATO HASTA LIQ.pdf» págs. 8 a 12.

Así entonces, las situaciones que rodearon la desvinculación de la demandante, se comprobaron con fuerza de plena prueba y por consiguiente generan en esta Sala la convicción inequívoca acerca de que el despido de que fue objeto el demandante, se soportó en causales legalmente establecidas como justas.

Adicionalmente, contrario a lo manifestado por la apelante, advierte esta Corporación que al trabajador se le garantizó el debido proceso por cuanto se dio cumplimiento a lo establecido en el RIT en la medida que, previo al despido, el trabajador fue citado y oído en diligencia de descargos, en la que se dejó constancia escrita de los hechos y se le informó la decisión definitiva de la empresa. Por las anteriores razones procede la absolución de la condena pretendida por despido injusto, como lo consideró el *a quo*.

EXCEPCIONES

Por las resultas del proceso, se dan por analizadas las excepciones propuestas declarando parcialmente probada la de prescripción y no probadas los demás medio exceptivos.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandada ante las resultas del juicio.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el once (11) de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a FELICIANO SOSSA QUINTERO, las siguientes sumas de dinero:

- a. Por concepto de diferencia en el pago de las cesantías: \$2.361.019,60
- b. Por concepto de diferencia en el pago de los intereses a la cesantía:
\$29.974,56
- c. Sanción por falta de pago de los intereses a la cesantía: \$29.974,56.
- d. Por concepto de diferencia en el pago de las primas de servicio:

\$362.364,22

- e. Por concepto de diferencia en el pago de las vacaciones: \$274.273
- f. Por concepto de sanción por no consignación de las cesantías: \$13.167.630,56
- g. Por concepto de indemnización moratoria \$25.284.040,00, y a partir del 26 de enero de 2020 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, vigente para el momento del pago de las prestaciones sociales adeudadas.

SEGUNDO: CONDENAR a ALPHA SEGURIDAD PRIVADA LIMITADA a pagar a favor de FELICIANO SOSSA QUINTERO la reliquidación de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, desde el 19 de agosto de 2005 hasta el 25 de enero de 2018, teniendo en cuenta lo devengado por el actor mes a mes por conceptos de «BONIFICACION OCASIONAL» y «AUXILIOS», de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

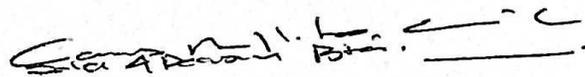
TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas la demás de mérito propuestas por la demandada.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación. Las de primera a cargo de la parte demandada ante las resultados del juicio.

Notifíquese por edicto.

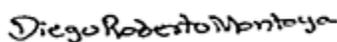
Los magistrados



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **31cc6ce1d525d91c657d5a076b79c32fbb59cdec5d332d2a410bf31bb5af5fa7**

Documento generado en 30/09/2022 04:10:07 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-010-2020-00190-01

Demandante: HERNANDO VARGAS RAMÍREZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Bogotá, y T.P No. 221.228 del C.S de la J. como apoderada sustituta de Colpensiones.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá del cuatro (04) de mayo de dos mil veintidós (2022). De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Hernando Vargas Ramírez llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Colfondos S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público, se efectúe la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que Colpensiones reconozca la pensión de vejez junto con el retroactivo pensional.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 23 de octubre de 1954 y que desde el 10 al 30 de septiembre de 1985 efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones; que posteriormente cotizó en Colfondos S.A. entre el periodo comprendido entre septiembre de 2009 hasta marzo de 2020. Agregó que, los promotores o asesores de Colpensiones y Colfondos no le brindaron el deber de información, asesoría y buen consejo al momento del traslado de régimen, como tampoco se le realizó una proyección pensional, ni se le dio el consentimiento informado, contestación del deber de información ni mecanismos de protección a la vejez.

Por último, señaló que el 18 de marzo de 2020 solicitó a Colfondos la nulidad del traslado de aportes de Colpensiones a la administradora privada, el traslado de la totalidad de aportes a Colpensiones, copia del formulario de afiliación y, el 30 de junio de 2020 solicitó a Colpensiones copia del formulario de afiliación y desafiliación y la nulidad del traslado de aportes junto con el reconocimiento de la pensión de vejez y retroactivo pensional. (Exp. Digital: «09SUBSANACION DEMANDA» 12 a 19 PDF.).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones y, respecto de los hechos, aceptó parcialmente los relativos a la fecha de nacimiento del demandante, las cotizaciones efectuadas ante la entidad y las reclamaciones efectuadas, sin que le constara los demás supuestos. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción» «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «inexistencia del derecho y de la obligación», «falta de causa para pedir», «buena fe», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios» y la «innominada o genérica»¹.

Por su parte, Colfondos S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento del actor e indicó que al señor Vargas Ramírez sí se le brindó una asesoría de manera integral y completa sobre el régimen general de pensiones. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y la de «compensación y pago»².

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día cuatro (04) de mayo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

¹ (Exp. Digital: «16 CONTESTACION DEMANDA COLPENSIONES» pdf. Págs. 4 a 15).

² (Exp. Digital: «16 CONTESTACION DEMANDA COLFONDOS PDF» pdf. Págs. 5 a 19).

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación del señor HERNANDO VARGAS RAMIREZ a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, mediante la suscripción de afiliación realizada el 24/08/2000, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, y se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante señor HERNANDO VARGAS RAMIREZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HERNANDO VARGAS RAMIREZ, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., así mismo la devolución de los gastos, cuotas y comisiones de administración que se le hayan descontado durante su vinculación debidamente indexados, allegando a Colpensiones las documentales correspondientes que le permitan establecer el valor de las cotizaciones, aportes, rendimientos y frutos así como los gastos de administración descontados para que se pueda establecer la devolución debidamente indexada, para esto se le otorga el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP COLFONDOS S.A. debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, así mismo, Condenar a Colpensiones a que debe imputar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS, de conformidad a la parte motiva de esta providencia

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por Colpensiones con relación a la pretensión de reconocimiento de pensión de vejez y las derivadas de ella. Se ABSUELVE de estas pretensiones; DECLARAR no probadas las demás excepciones planteadas por Colfondos S.A. y Colpensiones, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas. Por secretaría practíquese la liquidación de costas la suma de \$ 1.000.000 a cargo de Colfondos S.A. y, a cargo de Colpensiones por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 200.000

SEPTIMO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Al respecto se enunció que Colfondos no cumplió con el deber que le imponía la norma, es decir, no arrió prueba con grado de certeza que implique que efectivamente se le brindó una información y asesoría al demandante para el momento en que se trasladó de régimen. Agregó que, la única prueba que allegó la administradora de fondos demandada fue un formulario de afiliación suscrito por el actor el cual contiene una leyenda pre impresa en el recuadro donde se habla de pensiones obligatorias, sin embargo, conforme la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, dicho documento no es suficiente para demostrar el deber que tenía la AFP. En consecuencia, como quiera que se incumplió con la carga de la prueba de demostrar que se brindó la debida información al demandante y que tampoco se entregó el reglamento donde se informara las condiciones del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decidió declarar la ineficacia de la afiliación.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez solicitado por el demandante, concluyó que el señor Hernando Vargas Ramírez no cumplió con los requisitos para causar la prestación pensional en tanto cuenta con 1097,57 semanas cotizadas (min. 1:27:15)³.

II. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida en primera instancia referente a las condenas y obligaciones impuestas a la entidad. Sustentó el recurso indicando que dentro del plenario obran medios de pruebas documentales suficientes para determinar que el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, por lo que no se refleja ningún vicio del consentimiento como lo son el error, fuerza y dolo. Agregó que no se configuraron los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado, pues el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, aunado que el dolo no se presume, sin prueba para este, bajo un traslado libre y sin vulneración de ningún derecho a la parte actora, mientras lo que sí se presume es la buena fe, solicitando que el traslado se valore bajo la normatividad vigente al momento de este, a fin de respetar el principio de confianza legítima, más si el demandante al ser mayor de 50 años se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797. Solicitó se absuelva de la condena en costas y de todas las impuestas. (min. 1:37:51).

Se aclara que la a quo denegó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora al referirse la liquidación de las agencias en derecho (min. 1:44:50).

³ (Exp. Digital: 32. 11001310501020200019000_L110013105010CSJVirtual_01_20220504_113000_V).

III. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Hernando Vargas Ramírez del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A. En apoyo de la confirmación de la condena en alegatos de conclusión se manifestó la parte actora, Colpensiones refirió la imposibilidad de declarar como nulo el traslado entre las partes.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 23 de octubre de 1954 (pag. 27 índice 09); ii) con cotizaciones al ISS desde el 10 de septiembre de 1985 (pág. 20, ibíd.) y iii) el 24 de agosto de 2000 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. (pág. 39, índice 18).

En el caso y al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 08/07/20 (índice 02) tenía cumplidos 65 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante peticiones dirigidas a Colfondos y Colpensiones (fls. 70 a 74 índice 09) cuando ya había superado la edad de los 52 años, límite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria, que deviene en efectos de ineficacia, del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites "... debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades

sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas...”, sin afectar las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, es el legislador la forma en que se afecta el acto de afiliación por el indebido consentimiento.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado del actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad

social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan por el formulario diligenciado que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la *a quo*.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, además de las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los

cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Razones expuestas que permiten concluir que el recurso de apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el *a quo* en sentencia del 04 de mayo de 2022.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del

Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia recurrida, que si bien hace mención de los anteriores conceptos, no así sobre las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual COLPENSIONES no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado por el actor, esto que implica que sea esta entidad recurrente quien pase a tener al actor como un afiliado válido al régimen pensional que esta administra.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el ordinal tercero y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día cuatro (04) de mayo de dos mil veintidós (2022), es donde es demandante el señor HERNANDO VARGAS RAMÍREZ y demandadas COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, para ordenar a Colfondos S.A. que retorne a Colpensiones los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual

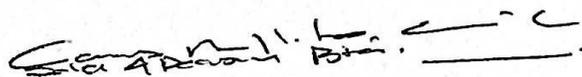
junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

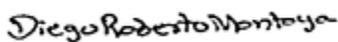
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **431cb83fd605c3a6c5c4bbbff7e5a4f8295ac9573cb53124f891805173e15972**

Documento generado en 30/09/2022 04:10:08 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de BLANCA INES ALARCON MESA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-023-2019-00354-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2312 de 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de octubre de 2022.

ANTECEDENTES

BLANCA INES ALARCON MESA promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión vejez, se indexen las sumas reconocidas, lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que: nació el 14 de junio de 1959, que cotizó a la seguridad social integral en pensiones, ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; que para el 14 de julio de 2015, contaba con 55 años y tenía cotizadas 1.036 semanas; que para el 01 de abril de 1994 contaba con 34 años de edad y 15 años de servicios; señaló que, el 21 de julio de 1976 ingresó a laborar en la empresa COFLONORTE, fue afiliada al seguro social, pero los aportes de esa época no han sido reconocidos por Colpensiones, por tanto, no aparecen 22 semanas cotizadas; que el 16 de junio de 2014, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez; mediante resolución GNR 342548 de 30 de septiembre 2014, GNR 444600 de 27 de diciembre de 2014, SUB 129847 de 16 de mayo de 2018 Colpensiones negó la prestación argumentando que no cumple con los requisitos, contra la última resolución se interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, mediante SUB 159313 de 18 de junio de 2018 Colpensiones confirma la decisión de fecha 16 de mayo de 2018 y el 26 de junio de 2018 emite la resolución DIR 11868, donde confirma la SUB 129847, quedando agotada la vía gubernativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, sostuvo que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, bajo el Decreto 758 de 1990, además la actora no cumple con los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003.

Como excepciones de fondo, presentó las de «*carencia de causa para demandar*» «*prescripción*» «*buena fe*» «*inexistencia de intereses moratorios e indexación*» «*compensación*» e «*innominada o genérica*» (Fls 52 a 60).

Mediante decisión del 28 de mayo de 2020, el A quo ordenó vincular como litisconsorte necesario a la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES FLOTA NORTE LTDA- COFLONORTE LTDA (fl. 97), quien una vez debidamente notificada contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando no vulneró derecho alguno a la demandante, toda vez que pagó las cotizaciones a favor de la demandante desde el 01 de octubre de 1977 hasta julio de 1982. Aclaró que las fechas plasmadas en la certificación aportada por la parte actora son erradas, toda vez que se trató de un error involuntario. Propuso como excepción las de «*falta de legitimación en la parte por pasiva, COFLONORTE LTDA realizó todas las cotizaciones en los periodos descritos*» (CD fl. 111).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 05 de octubre de 2022, resolvió:

«Primero: Absolver a la Administrativa Colombia de Pensiones – Colpensiones, y a la Cooperativo de Transportadores de la Flota Norte Ltda Cooflonorte de las pretensiones de la demanda incoada por Blanca Inés Alarcón Mesa.

Segundo: Condenar en costas a la demandante.

Tercero: (...)»

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que, para el 01 de abril de 1994, la demandante tenía 34 años y había cotizado 712.69 semanas al sistema general de pensiones, equivalentes a 13 años, 10 meses y 3 días, por lo que, en principio no reúne los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición. No obstante, la actora sostuvo que para el 01 de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicios, pues la certificación de COFLONORTE da cuenta de que laboró allí desde el 01 de julio de 1976 hasta el 21 de julio de 1981, empero, la entidad aseguró que dichos extremos temporales son erróneos, pues la trabajadora fue vinculada el 01 de octubre de 1977, fecha

que coincide con la afiliación a COLPENSIONES. Explicó que la señora Dina Estupiñan Mesa, en su calidad de jefe de personal de Coflonorte, manifestó que la certificación fue expedida pero las fechas no fueron corroboradas con los documentos de la entidad. Mencionó que la demandante afirmó no recordar cuando entró a laborar a COFLONORTE. En ese orden, concluyó que no es procedente tener en cuenta las semanas pretendidas por la actora, es decir, el periodo comprendido entre el 01 de julio de 1976 y el 30 de septiembre de 1977. Agregó que de acuerdo con el libro de contabilidad de COFLONORTE del primer semestre de 1982, se evidencia que a la demandante se le realizaron pagos mensuales, concluyendo que aquella no prestó sus servicios hasta la fecha plasmada en la certificación, sino hasta junio de 1982. Adicionalmente, expresó que la accionante tampoco reúne los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues sólo ha cotizado 1.035 semanas al Sistema General de Pensiones.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, argumentando que la certificación emitida por COFLONORTE, muestra el tiempo laborado por la demandante y que sirve para deducir que aquella cumple con el tiempo requerido para ser beneficiaria del régimen de transición. Insinuó que resulta extraño que hasta este momento COFLONORTE haya allegado una documental que desvirtúa la fecha de la afiliación plasmada en la certificación. Agregó que la certificación tiene orden legal, por ende, las pretensiones deben prosperar. (min. 29:52).

CONSIDERACIONES

El problema jurídico para resolver, corresponde si dentro del presente caso, procede la imputación de pago por aportes en mora por parte del empleador Coflonorte a favor de la demandante. En caso de resultar positivo, se estudiará si reúne los requisitos para beneficiarse del régimen de transición y se analizará si procede el reconocimiento de la pensión de vejez.

La Sala encuentra como hechos probados y fuera de discusión, que la demandante nació el 14 de junio de 1959, tal como se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 15; que el 09 de octubre de 2014 solicitó ante el ISS, hoy COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada por medio de Resolución GNR 342548 del 30 de septiembre de 2014 (folios 24 a 26), el 05 de marzo de 2018, solicita nuevamente reconocimiento y mediante SUB 129847 de 16 de mayo de 2018, se negó la solicitud (fl 30 a 32), bajo el argumento de que no acreditaba los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. De igual manera, debe anotarse, que en el expediente se encuentra certificado reporte de semanas cotizadas visible a folios 66 a 70, que da cuenta que la demandante cotizó un total de 1.036 semanas durante toda su vida laboral por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1977 al 30 de abril de 2007.

Ahora bien, descendiendo al *sub examine*, afirma la accionante, que su empleador Cooperativa de Transportadores Flota Norte Ltda. - Coflonorte no realizó el pago de las cotizaciones comprendidas entre el mes de julio de 1976 a septiembre de 1977, como era su obligación legal.

Para resolver el problema jurídico aquí planteado, considera menester esta Sala de Decisión, que previamente se debe hacer distinción entre las consecuencias jurídicas que se derivan por la mora en el pago de aportes, frente a la omisión de afiliación, por tratarse de situaciones diferentes con efectos jurídicos discrepantes, como pasa a explicarse.

Como lo ha reiterado insistentemente el órgano de cierre de la especialidad, en caso de no afiliación o afiliación tardía por parte de un empleador, apareja la obligatoriedad de que este último pague con destino a la entidad administradora a la que se encuentra afiliado el trabajador o aquella que escoja, el respectivo título pensional o cálculo actuarial, de conformidad con lo dispuesto por el 9 de la Ley 797 de 2003, incluso, en pluralidad de pronunciamientos se puso de presente que a pesar que dicho traslado del capital a cargo del empleador omiso se estatuyó con la Ley 100 de 1993, ello no implica que no se haga extensivo inclusive a aquellas relaciones laborales que no se encontraran vigentes al 23 de diciembre de 1993 cuando se expidió dicha Ley, y ello se ha entendido así, en la medida que la obligación del empleador de responder por el tiempo que le ha servido un trabajador no surge con la Ley 100 de 1993, pues esta responsabilidad lo es desde la creación del Instituto de Seguros Sociales y el llamado a inscripción al sistema.

Respecto a la imputación de dichos pagos, debe señalarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia (CSJ SL 2163-2022, SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo que se indica faltante en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la

omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

Al efecto, Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que para contabilizar períodos registrados en mora en la historia laboral, en caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de estas, se indicó al respecto *"Adviertase que la Sala ha adoctrinado que para contabilizar períodos registrados en mora en la historia laboral, en caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (...)"* (CSJ SL2000-2021)

Clarificado lo anterior, la Sala procede a revisar el acervo probatorio allegado al proceso, evidenciado que, si bien se acompañó con el introductorio certificado laboral expedida la Cooperativa de Transportadores Flota Norte Ltda, en la que se indicó que la accionante Blanca Inés Alarcón Mesa, laboró al servicio de dicha entidad del 21 de julio de 1976 hasta el 21 de julio de 1981(fl.16); lo cierto es que no se tiene soporte de la afiliación por parte de tal entidad en julio de 1976, pues conforme se puede constatar de la historia laboral que reposa en el expediente (Fls 66 a 70), la afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales, se inició el día 01 de octubre de 1977, razón por la cual, los aportes no realizados con anterioridad a la calenda por no afiliación, no puede ser imputados como aportes en mora por cuanto no tenía la obligación, el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, de iniciar las respectivas acciones de cobro.

Siguiendo la misma línea debe resaltarse, que el apoderado judicial de la parte demandante, en la alzada, manifiesta que, debe dársele plena validez a la certificación laboral expedida por el empleador visible a folios 16, en donde se indica, que la accionante laboró para Coflonorte desde 21 de julio de 1976 hasta 21 de julio de 1981, pues con dichas semanas de cotización se acredita que es beneficiaria del régimen de transición y en consecuencia que cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión vejez.

Frente al tópico de la validez de las certificaciones expedidas por el empleador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que los derechos en ellas contenidos deben reputarse como

ciertos, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad (CSJ SL6621-2017 y CSJ SL2745-2018). Ahora bien, la Sala encuentra acreditado que el empleador Cooperativa de Transportadores Flota Norte Ltda., que fue vinculado a la presente acción, logró desvirtuar lo manifestado en la certificación aludida, toda vez que, de acuerdo a lo registrado en los libros contables, allegado al plenario (Contestación demanda fl. l119) se tiene que la vinculación de la accionante a la empresa fue en octubre de 1977 hasta el mes de agosto de 1982, interregno de tiempo, que coincide con los aportes efectuados a favor de la demandante, y reportadas en la historia laboral emitida por Colpensiones (fls 18, 66 a 70), resultando claro, para la Sala que vinculó que sostuvo la accionante con Coflonorte, fue desde 1977 a 1982. Por consiguiente, respecto a los demás periodos reclamados, no existe indicio alguno que en efecto esos períodos hayan sido efectivamente laborados por la demandante, máxime si se tiene que en el interrogatorio la misma accionante, indico que no recordaba el inicio ni la terminación de la relación laboral, tal motivo, tampoco permitiría tener en cuenta lo periodos que extraña la parte actora, sin dejar de tener en cuenta que contra Colpensiones se sigue lo expuesto en situación de omisión de la afiliación.

En este orden de ideas, no es procedente la prestación solicitada bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que, la accionante no es beneficiaria del régimen de transición (Art. 36 de la Ley 100 de 1993), pues conforme se extrae de la fotocopia de la cédula de ciudadanía, al 01 de abril de 1994, tenía 34 años y 712 semanas cotizadas. En tal sentido, la pensión de vejez de la demandante debe sujetarse al cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 con todas sus modificaciones, sin embargo, en el caso particular de la actora no se satisface lo establecido en su artículo 33, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, toda vez que, aunque cumplió los 57 años el 14 junio de 2016, conforme a la historia laboral allegada al plenario, acredita 1.036 semanas, por tanto, no tiene cotizado, el requisito mínimo de semanas exigidas, en la norma advertida, esto es, 1300 que exige la ley.

Corolario de lo expuesto, se confirmará la sentencia objeto de apelación. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

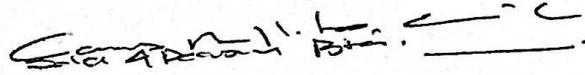
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

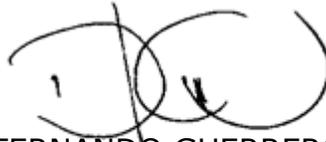
SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

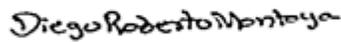
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **2691271b8dcb56e98b10a3580a8d7ac1550f3cda632c84dd2ae6c76dcf6b166e**

Documento generado en 30/09/2022 04:09:59 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 030-2020-00227-01

Demandante: MARTHA ROCIO YASWSELY MADRID

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES PORVENIR SA

AUTO

Obra con reconocimiento de personería adjetiva al Doctor WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.232.698.851 y portador de la Tarjeta Profesional No. 334.200 del C.S.J, como apoderado en sustitución de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- conforme memorial anexo suscrito por la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO en calidad de Representante Legal suplente de la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, según poder general otorgado mediante Escritura Pública No 3373 del 2 de septiembre de 2019, de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá. Retoma el poder el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de la sociedad Porvenir S.A., conforme presentación de alegatos de conclusión.

SENTENCIA

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, profiere la siguiente,

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada Porvenir S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el (20) de agosto 2021. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones. (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

Martha Roció Yassely Madrid llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.- y a la Administradora

Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que se declare que es ineficaz el traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por – Porvenir S.A.-. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los aportes que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, rendimientos financieros, gastos de administración, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que, nació el 03 de enero de 1968, se afilió al Sistema General de Pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, desde 1986; posteriormente se afilió a Porvenir S.A el 28 de enero 2004, en dicha vinculación la AFP, no se le asesoró, ni informó, de manera comprensible; respecto a consecuencias del traslado, afectando su expectativa de mesada.

Por último, manifestó que, el 24 de julio de 2020, solicitó ante Colpensiones la ineficacia del traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa a la petición elevada. (Exp. Digital: «01demanda pdf»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, argumentando que la afiliación es válida puesto que, el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora y la solicitud presentada a Colpensiones, junto con su respuesta negativa. Formuló como excepciones de mérito las de « *prescripción*» « *inexistencia del derecho y de la obligación*» « *buena fe*» e « *innominada o genérica*»¹.

Por su parte Porvenir se opuso, a la prosperidad de las pretensiones, sin aceptar los hechos de la demanda, presentó excepciones de mérito de « *Prescripción*», « *buena fe*» « *inexistencia de la obligación*» « *compensación*» e « *innominada o genérica*», considero que la afiliación de la demandante correspondió a una decisión libre e informada, bajo sustento normativo y actuar de buena fe de su representada, lo que hace improcedente solicitud de nulidad del acto de afiliación al RAIS.²

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día veinte (20) de agosto de dos mil dos (2022), resolvió:

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante Martha Rocío Yassely Madrid del Instituto de los Seguros Sociales, administrador del régimen de prima media, a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A, administrador del régimen

¹ (Exp. Digital: «10 Martha Rocío Yasss.pdf»)

² (Exp. Digital: «13.Cont 2020 00227Martharocio yassely Madrid »).

de ahorro individual con solidaridad mediante la firma del formulario No. 01973429 del 28 de enero de 2004.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora Martha Rocío Yassely Madrid al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

TERCERO: Condénese a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho régimen, esto es, del 01 de marzo de 2004 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de gastos de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administración y además deben ser devueltos debidamente indexados.

CUARTO: Ordénese a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en la historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: Declárese no probadas las excepciones planteadas por la demandada.

SEXTO: Condénese en costas de esta instancia a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyéndose por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.488.000

SEPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. [...]”.

Para arribar a la anterior conclusión, en la sentencia se precisó que el presente asunto debía analizarse a la luz de la ineficacia del traslado más no de la nulidad de este, tomando en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha establecido un precedente jurisprudencial dictando que cuando el acto de afiliación se ve afectado por falta de consentimiento informado debe ser esta figura la que opere. Manifestó que, la Alta Corporación ha establecido que la AFP tienen en deber de suministrar información completa para que los potenciales afiliados puedan tomar una decisión consciente de vincularse o no, que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar la información entregada, en ese sentido son las administradoras las que ostentan la carga de la prueba respecto de la información proporcionada para el momento de la afiliación.

Por lo anterior, declaró la ineficacia de tal afiliación y conforme a la

jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las cosas debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, como si nunca hubiera ocurrido, por ello devolver la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, los gastos de administración, la AFP asumir con cargo a sus propios recurso y utilidades; valores que deberán ser debidamente indexados. Frente a la excepción de prescripción indicó no prosperaba por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., apeló la decisión, argumentando que dentro del proceso no fue demostrado un dolo o daño en el momento de la afiliación, por el contrario, el asesor de la AFP proporcionó una alternativa distinta; brindó una información completa, y la actora, hizo uso del derecho de libertad y escogencia, quien decidió pertenecer en el RAIS donde ha permanecido durante 16 años, sin que hasta la fecha hubiera presentado algún tipo de queja. Señaló que, la inconformidad de la accionante se genera cuando se entera que su mesada pensional podrá ser inferior a la probablemente reconocida en el RPM, pero ello no es óbice para declarar una ineficacia, además pudo hacer uso del derecho de retracto y no lo hizo. Dio cuenta de la incidencia del formulario de afiliación, sus efectos e información a la actora, como se indicó en interrogatorio de parte a la actora tuvo reunión de una hora, quien conocía las características del régimen. Expresó que su actuación estuvo de acuerdo con las pruebas posibles según el momento del traslado, actora quien se encuentra inmersa en la prohibición del traslado bajo la Ley 797 de 2003, como norma exequible. Dio cuenta de la inconformidad a la inversión de la carga de la prueba. Se opuso al traslado o devolución de gastos de administración y prima de seguros y su indexación, que son descuentos permitidos por la Ley, incluido invalidez y sobrevivencia, sin que se encuentren en la demanda, ni fueran debatidos en el proceso, insistiendo en la excepción de prescripción, pues ello conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa. Colpensiones no presentó recurso. (21. AUDIO 20 AGOSTO 2021. Minuto 1:30:01)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Martha Roció Yassely Madrid del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., entidad que en alegaciones de instancia se enuncia sobre la solicitud en que se revoque la sentencia de primera instancia en tanto no se presentan vicios del consentimiento ni razón de ineficacia de acuerdo a la Ley 100 de 1993, sin que sea posible se le impongan cargas jurídicas diferentes a las del momento del traslado. Colpensiones por su parte

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 03 de enero de 1968; ii) realizó cotización al ISS hoy Colpensiones desde 1994 a 1998 iii) el 28 de enero de 2004 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. (02. Anexos pdf.)

Al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 30/07/2020 (Exp Digt 00. SECUENCIA 7501. Acta de reparto) tenía cumplidos 52 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones («02Anexos.pdf» fl. 25) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, tenía 157.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (02.Anexos pdf.) no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789-2002 de la Honorable Corte Constitucional, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida, como esta Sala lo ha expuesto, que ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, doctrina que considera la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, la que reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio u omisión alguna de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado de la actora, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del

Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan *-por el formulario de afiliación de la actora-* que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS, conforme la efectuó la a quo. Tampoco por el tiempo que se expusiera por la actora se extendió la reunión en que se efectuó el traslado, pues de su relato solo se expone lo enunciado por el asesor como ventajas, pero no aquello que desaconsejara la afiliación al régimen (min. 19:00).

Lo anterior ya que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C. que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los

cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Razones expuestas que permiten concluir que el recurso de apelación no se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal las anteriores razones llevan a confirmar la ineficacia del traslado, junto a la devolución de aportes y sumas adicionales referidas por el a quo en sentencia del 20 de agosto de 2021.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque *“los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el

artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”

En consecuencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia recurrida, para ordenar a Porvenir S.A, que retorne a Colpensiones el porcentaje en relación con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que estas entidades cobraron debidamente indexados, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado, en el numeral tercero y se confirmará en lo demás.

Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia proferida por el día veinte (20) de agosto de dos mil dos (2021), por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral Tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de:

ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a devolver a Colpensiones los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con

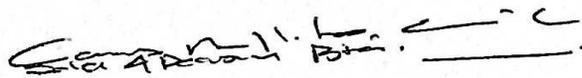
sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

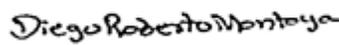
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **88b160ae3d15bf0a2900bac5f9bcbd55d7b01ab437d164d75a8a300c2dda1f5f**

Documento generado en 30/09/2022 04:10:00 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-031-2021-00271-01

Demandante: LUIS HERNANDO RINCÓN MARTÍN

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá el dos (2) de febrero de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

Luis Hernando Rincón Martín llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que, previos los trámites legales, se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Fundamentó sus peticiones al indicar que, nació el 16 de enero de 1962 e inició su cotización al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el 17 de abril de 1986, cotizando de manera ininterrumpida. Agregó que, el 9 de febrero de 1996 ingresó a laborar en el Colegio Militar General Rafael Reyes Ltda., y allí en una reunión con los ejecutivos e cuenta de la Administradora de Pensiones y Cesantías Colmena, luego de una explicación, se trasladó del RPMPD al RAIS, sin entender las graves y funestas consecuencias de ese

cambio de régimen, solamente teniendo en cuenta que se podría pensionar a cualquier edad, puesto que fue en esta frase que los ejecutivos de cuenta enfatizaron su explicación.

Señaló que para octubre de 1997 ingresó a laborar con la Policía Nacional, como personal civil, y a la fecha cuenta con un tiempo de servicio en esa entidad superior a los 23 años. Que para esa época estaba el «boom» de los fondos de pensiones, por lo que el 1 de diciembre de 1997, en reunión organizada por la oficina de talento humano de la entidad, se trasladó a Porvenir, bajo el dicho de rendimientos financieros y otros beneficios que le ofreció el precitado fondo, sin que le hayan brindado una asesoría clara y completa.

Por último, señaló que Porvenir no aceptó el traslado de régimen ya que, para la fecha de la solicitud, no superaba los términos legales para realizar dicho trámite, situación que le genera incertidumbre para su futuro pensional, en tanto, al no haber recibido una asesoría integral y completa frente a las implicaciones, ventajas, desventajas y características sobre el traslado de régimen, mientras que su simulación pensional arroja una suma inferior en el RAIS que en el RPMPD¹.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección S.A., contestó la demanda aceptando el hecho relacionado a su fecha de nacimiento, en cuanto a los demás indicó negarlos o no constarle. En su defensa, argumentó que todas sus actuaciones están precedidas por la buena fe y la legalidad, por lo que se encontró frente a un acto existente, válido, sin vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; advirtiendo igualmente que, del formulario de vinculación que suscribió el actor, inicialmente con Coleman, el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea.

Presentó como excepciones de mérito, las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «innominada o genérica», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» y «traslado de aportes»².

Por su parte, Colpensiones rechazó las pretensiones, aceptó los hechos relacionados a la edad, cotización al sistema de seguridad social, traslado de régimen pensional y lo relacionado a las condiciones del traslado; respecto de los demás adujo no ser ciertos o no constarle. Para defender su causa,

¹ Exp. Digital: « 001. DEMANDA10062021_143409.pdf»

² Exp. Digital: «011. CONTESTACIÓN DEMANDA» págs. 2 a 26.

precisó que el demandante no demostró que la afiliación al RAIS fuera nulo, puesto que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma. Presentó las excepciones de fondo de «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida*», «*Prescripción*», «*Caducidad*», «*Inexistencia de causal de nulidad*», «*Saneamiento de la nulidad alegada*», «*No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público*», «*Buena fe*», e «*Innominada o genérica*»³.

A su turno Porvenir S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y, en cuanto a los hechos de la misma, aceptó únicamente lo relativo a la entrega de una proyección pensional al demandante. En su defensa, argumentó que la afiliación realizada por el actor a Porvenir, fue producto de una decisión informada, libre de presiones y engaños, que siempre le garantizó el derecho de retracto y que este no es beneficiario del régimen de transición, realizada bajo el marco legal vigente⁴. Si bien la misma propuso medios exceptivos, lo cierto es que, mediante auto de fecha 15 de septiembre de 2021 se le tuvo por no contestada la demanda⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante LUIS HERNANDO RINCON MARTIN, a las demandas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., como quiera que el traslado del régimen del demandante fue plenamente válido.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a favor de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. únicamente. TERCERO: Como quiera que el resultado la presente, sentencia fue adverso a los intereses del demandante, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.”

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, se indicó que según hechos de la demanda que el demandante sostuvo una reunión con los ejecutivos de Colmena, siendo claro que se le suministró la información requerida en el

³ Exp. Digital: «012. CONTESTACIÓN DEMANDA COLPENSIONES.pdf» págs. 2 a 18.

⁴ Exp. Digital: «014. CONTESTACIÓN DE DEMANDA.pdf» págs. 2 a 27.

⁵ Exp. Digital: «017. 11001310503120210027100 tiene por contestada y por no contestada y requiere.pdf»

momento en que tomó la decisión de trasladarse de régimen, tomando la confesión del apoderado para lo pertinente. Adicionó que el demandante, al tener 34 semanas cotizadas y 34 años de edad, fue llamativo que podría pensionarse a cualquier edad y/o que le podían devolver los aportes, por lo que sí en encontró acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de los fondos de pensiones, es decir, si se acreditó que en el momento en que el demandante se trasladó de régimen, recibió la información mínima requerida para conocer de las consecuencias de ese traslado. Resaltó finalmente que, conforme a lo manifestado por el demandante, éste si recibió la información antes de cumplir los 52 años de edad, y sí se le realizó una proyección pensional, como quiera que eso fue lo que confesó en el interrogatorio de parte efectuado por Protección⁶, aunado que los vicios del consentimiento deben estar debidamente acreditados sin que puedan presumirse.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandante apeló la decisión, para que se revocara en su totalidad y se acceda a sus pretensiones, con fundamento en que se desconoció el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia en los procesos de nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional y se desconoció la afectación patrimonial que se ocasiona al negar que se pueda regresar al RPMPD donde puede acceder a una prestación económica más beneficiosa que le permita llevar una vida en condiciones digna (min. 32:00).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación, determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Luis Hernando Rincón Martín del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A.

V. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 16 de enero de 1962⁷; ii) con cotizaciones al ISS desde el 17 de abril de 1986⁸ y iii) el 09 de febrero de 1996 se trasladó a Colmena, hoy Protección⁹.

⁶ Exp. Digital: « 029.Audiencia proceso ordinario 11001310503120210027100-20220202_105113-Grabación de la reunión»

⁷ Exp. Digital: Carpeta« CC-19476470», archivo « GEN-DDI-CI-2014_9405529-20141108105722»

⁸ Exp. Digital: « 003. PRUEBA10062021_143535.pdf» págs. 12 al 15.

⁹ Exp. Digital: « 011. CONTESTACIÓN DEMANDA.pdf» pág. 35.

Al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que el accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 10/06/21¹⁰, ya había superado la edad de los 52 años, limite en el caso de los hombres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según la historia laboral aportada al expediente, contaba con 28,14 semanas cotizadas al sistema general de pensiones¹¹, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende el actor, a efectos de pasar a estar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador, expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, doctrina que considera la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, la que reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio

¹⁰ Exp. Digital: « 005. SECUENCIA 9279»

¹¹ Exp. Digital: « 003. PRUEBA10062021_143535.pdf» págs. 12 al 15.

u omisión alguna de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en relación con el riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En Casación Laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado del actor, la AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que no fue acreditada dentro del plenario. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en el 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, tal como se dijo en la sentencia de casación CSJ SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que tiene antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, más aún de probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, lo anterior de acuerdo a jurisprudencia expuesta en sentencia SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral; aspecto en que no obra demostración en el plenario de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En tal sentido se observa, que los medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, se limitan *-por el formulario de afiliación del actor-* que no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar no solo la cobertura en el riesgo que este ampara sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Por su parte la presentación de los hechos de la demanda, si bien exponen una reunión con asesores del fondo administrador de pensiones en el RAIS, de acuerdo a los criterios de formación de tal acto de voluntad, tratándose de los requisitos para este en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, lo allí expresado no permite asumir la existencia de la voluntad informada del actor, pues los hechos también dan cuenta de un contexto fáctico de ausencia de información relevante para el ahora demandante.

Lo anterior ya que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo” (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

Aunado a lo anterior, si el actor nació el 16 de enero de 1962¹², y la comunicación que le remitió Porvenir por medio de la cual lo invitó *«a una asesoría pensional personalizada que debe ser recibida antes de cumplir los 52 años de edad, para evaluar las condiciones pensionales de su caso particular y así tomar la decisión más conveniente sobre su futuro pensional¹³»* data del 25 de marzo de 2014, esto es, cuando el señor Rincón Martín contaba con más de 52 años de edad, lo que formalmente lo dejaba inmerso dentro de la prohibición consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la ineficacia del traslado que ahora se discute.

Así las cosas, es claro que las administradoras de fondos de pensiones demandadas, no cumplieron con el deber de información en los términos de ley, en la medida que no demostraron brindar al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y sus posibles consecuencias futuras.

¹² Exp. Digital: Carpeta « CC-19476470», archivo « GEN-DDI-CI-2014_9405529-20141108105722»

¹³ Exp. Digital: « 003. PRUEBA10062021_143535.pdf» pág. 17

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que Protección -antes Colmenani Porvenir- antes Colpatria-, omitieron el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos antes señalados, lo que deriva la ineficacia del traslado del régimen pensional por él realizado.

De otro lado, se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 que reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008, en virtud del artículo 1746 del C.C. que además de la restitución de las cosas al mismo estado si no hubiese existido el acto nulo, junto a las mejoras, intereses y frutos, sentencia del 2008, citada en la sentencia SL1501-2022, que aclara:

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Consecuencia que no lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos"* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen"*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque *"los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores*

que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima" (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima."

En cuanto a la excepción de prescripción, debe precisarse que los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional, por lo que la misma no está llamada a prosperar. Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, de conformidad con lo expuesto, lo citado por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación, conforme lo expuesto, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, ordenando a Porvenir S.A., efectuar el traslado de saldo que se encuentra en la cuenta de ahorro del demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y lo tenga como afiliado.

Sin costas en la alzada. Las de primera a cargo de las demandadas.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá proferida el dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022), donde es demandante el señor LUIS HERNANDO RINCÓN MARTÍN y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por Luis Hernando Rincón Martín el 09 de febrero de 1996, al Régimen de Ahorro Individual. En consecuencia, para todos los efectos se tendrá que la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, los aportes o cotizaciones que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiere, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiere, el porcentaje de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que proceda a reactivar la afiliación de LUIS HERNANDO RINCÓN MARTÍN al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial y que reciba los recursos trasladados por parte de la

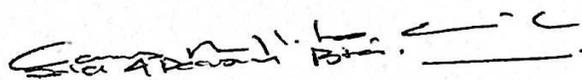
Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia. Las de Primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

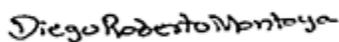
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: 44d3f5c8f17f79f0ef9cd87222daa0f3cd60943eb7d9525feab90b9f031b159f

Documento generado en 30/09/2022 04:10:01 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-30- de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso Ordinario: 110013105-031-2021-00195-01

Demandante: ADRIANA ELIZABETH CAICEDO NIÑO.

Demandada: FABRICACIÓN E IMPORTACIONES ONE TECHNOLOGY
S.A.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en la Ley 2213 de junio 13 de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 25 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Adriana Elizabeth Caicedo Niño llamo a juicio a Fabricación e Importaciones One Technology S.A.S, para que previo los trámites legales, se declarara que existió una relación laboral, comprendida entre el 16 de febrero de 2016 hasta el 03 de diciembre de 2019; que culminó por voluntad unilateral de la accionada; que desde el 01 de julio de 2017, se desconoció como factor salarial la suma de \$953.100, por concepto "bono habitual".

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al cálculo actuarial por la omisión de las cotizaciones de pensión, sobre el monto total del salario recibido incluyendo el "bono habitual" desde el 01 de julio de 2017 y hasta el 03 de diciembre de 2019, toda vez que, el pago registrado en la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A, da cuenta de que se realizó de forma parcial e incompleto, así como todos los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; se reliquide y pague las vacaciones, prima de servicios, cesantías e intereses, se condene al pago de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sobre el valor faltante del salario, suma que se estima en \$20.586.960, la indemnización del artículo 64 y 65 del CST, se indexe las sumas reconocidas, lo que resulte probado lo ultra y extra petita, así como a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que fue vinculada laboralmente a la empresa Fabricación e Importaciones One Technology S.A. el 16 de febrero de 2016 en el cargo de "Asistente Contable" a través de contrato de trabajo a término fijo a 12 meses, el cual fue prorrogado anualmente de manera automática, pactándose como salario la suma de \$1.400.000, salario que fue anualmente reajustado de conformidad con lo decretado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo. El día 01 de julio de 2017, ascendió al cargo de "contadora", manteniendo el mismo salario por el cual fue vinculada

inicialmente consistiendo el aumento salarial en el pago de un bono habitual junto con el salario de manera permanente hasta que culminó el vínculo laboral. Dicho bono correspondía en el momento de la terminación del contrato de trabajo a la suma de \$953.100 el cual nunca fue reajustado a diferencia del resto del salario que sí era tomado por el demandado como tal.

Que el señor Jefferson Torres Vanegas representante legal, expidió sendas certificaciones que demuestran la permanencia en el pago de la bonificación como retribución directa del servicio prestado como contadora. El día 03 de diciembre de 2019, la empresa decide terminar de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo a término fijo existente, alegando la necesidad de realizar una reestructuración de la empresa, para ese momento el salario devengado ascendía a la suma total de \$2.635.100, del cual \$1.682.000 correspondía al salario tomado como base para liquidar la carga prestacional, seguridad social y parafiscales y \$953.100 correspondía a lo pagado en aumento salarial como "bono". Señaló que, el 11 de diciembre de 2019, fue citada a las instalaciones de la empresa Fabricación de Importaciones One Technology S.A.S., con el fin de llegar a un acuerdo sobre la liquidación de su contrato de trabajo, en esta reunión se acordó el pago de la liquidación sobre la parte del salario que siempre fue tenido en cuenta como base para liquidar la carga prestacional, seguridad social y parafiscales, se acordó de forma verbal que la liquidación sobre la parte que siempre fue denominada como "bono habitual" a sabiendas de que constituía salario iba a ser pagada dentro de 3 meses; el mencionado acuerdo no fue cumplido por parte de la empresa.

Manifestó que, el día 19 de junio de 2020, presentó ante el representante legal de la demanda, vía correo electrónico derecho de petición en el cual solicitó el pago de todo lo debido, así como la notificación de la DIAN de que no ocupaba el cargo de contadora de la empresa. (Expediente Digital: 001. DEMANDA_21_4_2021 17_38_48.pdf, Págs. 1 a 13)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Fabricación e Importaciones One Technology S.A.S., contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. En su defensa argumentó que, pagó el valor del salario básico ordinario acordado, que en la ejecución de este contrato no hubo el pago de bonos habituales; que cumplió con el pago de todas sus obligaciones laborales y así se demuestra con las pruebas que aportó. Propuso como excepciones de «*inexistencia de la obligación*», «*inexistencia de derechos por parte de la demandante*», «*prescripción de las acciones*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*», «*falta de título y causa*», «*compensación*» y «*excepción genérica*»¹

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día veinticinco (25) de noviembre de 2021, resolvió:

¹ (Expediente Digital: 032. ALLEGA CONTESTACIÓN DE DEMANDA POR ONE TECHNOLOGY.pdf, Págs. 2 a 10).

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por un término de duración inicial de un año entre Adriana Elizabeth Caicedo Niño en calidad de trabajadora y Fabricaciones E Importaciones One Technology S.A.S en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 16 de febrero del año 2016 al 3 de diciembre del año 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Fabricaciones E Importaciones One Technology S.A.S a reconocer y pagar a la demandante Adriana Elizabeth Caicedo Niño la suma de:

- a) \$2.252.217 por concepto de cesantías.
- b) \$2.252.217 por concepto de prima de servicios.
- c) \$253.471 por concepto de intereses a las cesantías.
- d) \$1.810.890 por concepto de vacaciones.

Valores anteriores que corresponden a reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones tal y como se explicó en la parte motiva de la sentencia.

- e) \$2.287.440 por concepto de reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa.
- f) La sanción moratoria del artículo 24, Ley 789 del año 2002 a raíz de \$87.836 diarios a partir del 04 de diciembre del año 2019, durante los primeros 24 meses hasta que se realice el pago total de la obligación sanción moratoria que no podrá ir más allá del 3 de diciembre del año 2021 y a partir del 4 de diciembre del año 2021, los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de prestaciones sociales.
- g) Al pago de aportes adicionales a favor de la demandante a partir del día 13 de julio del año 2017. Sobre la suma adicional de \$900.000 mensuales; del primero de enero del año 2018 al 3 de diciembre del año 2019, sobre la suma de \$953.100 mensuales adicionales.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante a la demandada. ”

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que, las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo a término fijo por un periodo de 1 año, que comenzó a regir el 15 de febrero de 2016 hasta el 03 de diciembre del año 2019, que la accionada en la carta de terminación alega como causal de terminación la reestructuración de la empresa, circunstancia que no se encuentra dentro de las enlistadas como justa causa para dar por terminado el

contrato de trabajo, por lo que debe concluirse válidamente que el contrato de trabajo que unió a las partes, finiquitó por parte del empleador sin justa causa.

Respecto del cargo desempeñado por la accionante y el valor real devengado encontró acreditado, que se le hizo la entrega del cargo de contadora, conforme se certifica en los documentos del 1° de noviembre del año 2018, y 03 de diciembre del año 2019, además del salario básico que para el año 2018 era de \$1.586.000 y para el año 2019 de \$1.682.000, recibía como bonificación durante los años 2018 y 2019 la suma de \$953.100.

Señaló que, la demandante recibía transferencias interbanca, banca, empresarial, todos los meses que correspondía al salario básico, pero adicionalmente recibía una consignación en efectivo que extrañamente se le realizaba el mismo día en que se le realizaba el pago de nómina, cifras que idénticas y correspondían a lo certificado por el empleador en los documentos que después dice que no corresponden a la realidad, y que no logra desvirtuar con el dicho de los testigos conforme ya se explicó, así las cosas a juicio de la a quo la demandante además de la remuneración básica mensual durante los años 2017, 2018 y 2019 recibió una bonificación de \$900.000 mensuales a partir del 13 de julio del año 2017 y a partir del 1° de enero del año 2018 hasta el 03 de diciembre del año 2019 de \$953.100».

Finalmente, concluyó que no se acreditó la existencia de las figuras de concurrencia de contratos ni de coexistencia de contratos, en consecuencia la parte demandada deberá reliquidar a la demandante las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio y vacaciones por el periodo comprendido a partir del 13 de julio del año 2017 que es a partir de dicha calenda en donde se acredita que efectivamente la demandante comenzó a desempeñar el cargo de contadora y no a partir del momento de inicio de la relación laboral, y condenó a la indemnización del artículo 65 del CST.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandada apeló, indicando que; existieron dos tipos de relaciones jurídicas, una entre Adriana Caicedo Niño y la empresa demandada, y otra mediante un contrato por prestación de servicios, entre la demandante y el señor Jefferson Torres como persona natural. Manifestó que, de acuerdo con la declaración dada por el señor Jefferson, afirmó que la demandante realizaba para él, algunos documentos, gestiones y asesorías de carácter contable, dicho que fue igualmente aceptado por la actora.

Señaló que, no existe prueba que One Technology, fuese quien realizara el pago de \$953.100; la testigo Martha Rocío, al preguntársele sobre los pagos que realizaba la empresa a la señora Adriana, manifestó que solo se realizaba el pago del salario y nada de bonificaciones. Indicó que, el a quo realizó una indebida valoración probatoria de la testimonial, en especial respecto de la declaración Jenny Cubillos. En cuanto a los documentos relacionados con las consignaciones en efectivo aportadas, reprocha que fueron indebidamente

valorados, pues es claro que no realizó nunca un pago a la señora Adriana Caicedo Niño por valor de \$953.100, ni por otro concepto, ese pago nunca se realizó por la contraprestación del servicio de One Technology, sino por las asesorías personales a favor de Jefferson Torres como persona natural, y si la testigo Yenny Cubillos, indicó que algunas actividades eran tercerizadas, y que si se modificó un proyecto de liquidación, era porque se le indicara existían unos honorarios que no hacían parte del contrato de trabajo. Igualmente se queja de la valoración sobre las consignaciones, pago que no hizo el empleador.

Solicitó que, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, se absuelva del pago de la indemnización del artículo 65 del CST, toda vez que, se acreditó, la buena fe de sus actuaciones durante la vigencia de la relación laboral, no siendo la empresa demandada quien se beneficiaba del pago que reclama como salario, existiendo buena fe de la sociedad y se pagó la liquidación a la actora, bajo actuaciones de la demandada constitutivas de buena fe, ello de acuerdo con la jurisprudencia en Casación Laboral, en contraste frente a las actuaciones de su contraparte, aunado solicitó se revise los valores liquidados, en cuanto a las cifras ordenadas, en caso de una cifra superior para que se revoque o modifique la decisión.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el recurso de alzada y la respectiva contestación a la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La apoderada de la parte actora, manifestó no estar de acuerdo con los argumentos del recurso de apelación presentado por la contraparte, a fin de mantener el sentido condenatorio de la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente condenar a la accionada, al pago de las diferencias salariales, derivadas de la bonificación que era devenga por la accionante. Igualmente, determinar si en el presente caso es procedente la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 24 de la Ley 789 de 2002

CONSIDERACIONES

Previo al análisis del proceso en controversia, cabe resaltar que no fue objeto de debate y no existe duda que entre las partes existió una relación laboral en el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2016 hasta el 03 de diciembre de 2019, la terminación del vínculo laboral fue unilateral por parte de la accionada, con ocasión a la restructuración de la empresa, en consecuencia, canceló la indemnización por despido sin justa causa.

Así las cosas, en virtud del principio de consonancia, la Sala centrará su estudio en los problemas jurídicos planteados en la alzada, en relación con la discusión sobre la bonificación presuntamente percibida por la actora, si fue o no como contraprestación del servicio pactado, en consecuencia si es procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, la indemnización por despido sin justa causa, y finalmente si hay lugar a la exoneración de la indemnización del artículo 65 consagrada en el CST.

Al respecto, con la finalidad de abordar los problemas jurídicos planteados, procede esta Corporación a analizar, los elementos probatorios obrantes en el plenario, entre ellos, las declaraciones de los testigos Jefferson Sierra Esquivel (min. 36:50), Martha Roció Riveros (min. 43:49) y Jenny Milena Cubillos (55:58), quienes manifestaron conocer a la actora, porque trabajan en la empresa accionada, que la accionante era la asistente o auxiliar contable, era la persona encargada de la nómina, novedades, liquidación de facturas; indicaron que la empresa no pagó bonificaciones o por fuera de nómina, salvo por la última declarante en relación a la corrección de liquidación final, en que había incluido un bono, pero que le indicaron que este era aparte; también indicó el primer testigo que la actora dejó de prestar servicio por un reajuste de la empresa.

Por su parte el representante legal de *One Technology*, Jefferson Torres Vanegas, manifestó que la accionante trabajó para la empresa desde febrero de 2016 a diciembre de 2019, como asistente contable, no desconoció las certificaciones emitidas, por la empresa de fecha 01 de noviembre de 2018 y 03 de diciembre de 2019, en la que se indica que la actora era la contadora de sociedad *One Technology SAS*, y que recibía un salario básico y una bonificación mensual, empero manifestó que, solo se emitió esta certificación por hacerle un favor para un crédito hipotecario a la accionante. Que la bonificación de \$953.000, se canceló a la señora Adriana Caicedo como contraprestación de servicios personales, gestiones tributarias, declaración de renta a favor de Jefferson, como persona natural no en calidad de representante legal de la sociedad hoy accionada.

De las documentales allegadas; se tiene que, la accionante desempeñó el cargo de contadora, a partir del 13 de julio de 2017, según se verifica -acta de entrega- visible (al índice 06Prueba), señala: "*Siendo las 2:30 pm del día 13 de julio de 2017, se reunión en las instalaciones de la empresa One Technology, las Señora Sánchez Sánchez y la señora Adriana Caicedo para hacer entrega del cargo de contadora que estaba bajo la responsabilidad de la señora Nidia Sánchez desde el mes de 2017 al 30 de junio de 2017*". Igualmente se tiene, certificaciones expedidas por Fabricación e Importaciones *One Technology SAS*, de fecha 01 de noviembre de 2018², 03 de diciembre de 2019³, y recomendación de 2019⁴, que dan cuenta que la actora laboró para la accionada mediante contrato a término fijo inferior a un año, desempeñándose como contadora a partir del 16 de febrero de 2016 al 03 de diciembre de 2019.

² Expediente digital 015. Prubea_21_4_2021_17_44_17 pdf

³ Expediente digital 017. Prubea_21_4_2021_17_44_39 pdf

⁴ Expediente digital 018. Prubea_21_4_2021_17_44_48 pdf

Aunado a ello, también debe precisar que, la certificación adiada el 01 de noviembre de 2018, emitida por la accionada, indica: "*Adriana Elizabeth Caicedo, labora en esta empresa desempeñando el cargo de contadora, con un tipo de contrato laboral a término fijo inferior a un año que inicio desde el 16 de febrero de 2016, y sigue vigente con un salario de \$1.586.00 más una bonificación de un \$953.100, para un total de ingreso mensual de \$2.539.100*"⁵.

Conforme a dicho documento, es dable concluir que se tiene acreditado que la demandante efectivamente prestó sus servicios personales en favor de la entidad accionada desempeñando el cargo de contadora; desde el 13 de julio de 2017 hasta el 03 de diciembre de 2019, que recibía un salario básico junto con una bonificación mensual; sin que lo descrito en dicha certificación haya sido desvirtuado. En todo caso, resulta importante señalar que, frente al tópico de la validez de las certificaciones expedidas por el empleador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que lo allí informado debe tenerse como cierto, a menos que el empleador demuestre situación fáctica diferente en sentencia CSJ SL2745-2018, expresó:

"Importante es señalar, que frente al tópico de la validez de las certificaciones expedidas por el empleador, la Sala ha expresado que los derechos en ellas contenidos deben reputarse como ciertos, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad"

En ese orden, al no verificarse una labor demostrativa y persuasiva sólida que le incumbía agotar al empleador, aquí demandado para desvirtuar la certificación que expidió, se concluye sus efectos y por tanto debe confirmarse lo decidido en primer grado, en torno a que la actora laboró como contadora para la parte accionada One Techonology SAS, devengado para el 2018 y 2019, un salario básico más una bonificación mensual de 953.000.

Lo anterior en cuanto los artículos 127 y 128 del CST, definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente

⁵ 015. PRUEBA_21_4_2021 17_44_24

u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

De lo anterior, y de conformidad con las reglas de la sana crítica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPTSS, de las documentales que reposan dentro del plenario, se evidencia que a la demandante le fueron cancelados pagos constantes por bonificaciones, los cuales eran constitutivos de salario, y que debió tenerse en cuenta al momento del cálculo de las prestaciones sociales, así como los aportes en seguridad social y otros emolumentos, por lo que este punto en concreto habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Ahora, realizado los cálculos correspondientes, se resalta que la demandada, para efectuar los pagos de los emolumentos realizados a la demandante, debió tener en cuenta las siguientes sumas:

AÑO	SALARIO + BONIFICACION
2017	\$2.398.000
2018	\$2.539.100
2019	\$2.635.100

Así las cosas, se procede a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, lo cual arroja las siguientes diferencias a reconocer:

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	\$ 2.254.717,50
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 235.751,54
Prima de Servicios	\$ 2.254.717,50
Vacaciones	\$ 1.326.697,00
Indemnización por despido sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.	\$ 3.358.615,00
Total Liquidación	\$ 9.430.498,54

Valga advertir que, si bien de la liquidación efectuada por esta Corporación, el valor de la reliquidación de los rubros antes enunciados, resultó ser superior al ordenado por la a quo, lo cierto es que, dichas sumas no podrán ser modificadas en la alzada, como quiera que, la demandada es apelante único, sin que pueda hacerse más gravosa la condena, razón por la cual, en este aspecto se confirmará la sentencia recurrida.

Finalmente, en cuanto al reproche efectuado respecto de la indemnización moratoria, ha de indicarse que ésta tiene una naturaleza eminentemente sancionatoria, pues se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible al pago de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del contrato de trabajo.

Para la procedencia de la anterior indemnización, se ha definido de manera pacífica en la jurisprudencia proferida por la H. Sala Laboral de la CSJ, citando a modo de ejemplo la sentencia radicada SL5628-2019, que su imposición no es automática ni inexorable, puesto que debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, dado que "es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen la omisión del empleador que lo ubique en el terreno de la buena fe" al abstenerse de pagar en forma oportuna o completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, razones que pese a no resultar viables en cuanto a la naturaleza del adeudo, en este caso como salarial, si pueden considerarse atendibles y justificables, si razonablemente llevaban al convencimiento del empleador que no adeudaba un mayor valor; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra.

En el presente asunto, la Sala encuentra, según se desprende de los interrogatorios practicados tanto a la demandante Adriana Elizabeth Caicedo Niño como a la demandada a través de Jefferson Torres Vanegas, se tiene que la misma accionante aceptó que realizó y/o, elaboró certificación de ingresos y retenciones para Jefferson Torres, como persona natural (min. 11:43), y por su parte el representante legal de la demanda Jefferson Torres Vanegas, manifestó que pagó a la accionante la suma \$953.000, por una asesoría externa (min. 18:34); lo que se ratifica como un solo contrato y erogación con la empresa demandada a través de la certificación expedida por la accionada el del año 2018, se itera al señalar sobre la demandante que labora: *"...con un tipo de contrato laboral a término fijo inferior a un año que inicio desde el 16 de febrero de 2016, y sigue vigente con un salario de \$1.586.00 más una bonificación de un \$953.100..."*⁶

Bajo el contexto que antecede, y como se acredita en el caso de autos, la demandada aunque no pretendió desconocer los derechos laborales a Adriana Elizabeth Caicedo, pues según se aprecia de los mismos supuestos fácticos de la demanda y la liquidación de los contratos de trabajo (expediente digital al índice 0.32 AllegaContestación pdf 43 a 129), a la actora siempre se le cancelaron las sumas de dinero que se estimaba por la pasiva se le adeudaban por concepto de salarios y prestaciones sociales, ahora el desconocimiento de tal bonificación, se puede entender porque la accionada no asumía que fuera por la contraprestación del servicio de la accionante a tal sociedad, sino por asuntos personales que la accionante ejecutaba a favor del representante legal como persona natural, en armonía con lo expuesto por la actora en su interrogatorio de parte sobre la labor contable al señor Jefferson Torres, se itera como persona natural, generando la convicción creíble de la empresa que la suma objeto del litigio no era parte de la retribución del servicio, incluso así lo refirió a la finalización del contrato de trabajo en la certificación emitida al año 2019. En el caso en concreto, estima la Sala que la pasiva acreditó razones internas atendibles para suponer que aquellos pagos no eran de naturaleza salarial.

⁶ 015. PRUEBA_21_4_2021 17_44_24

En virtud de lo expuesto, la sentencia de primer grado se revocará parcialmente, en el sentido de absolver a la encartada por indemnización del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, aunque en el audio se refiere por artículo 24, que modificó el artículo 65 del CST, como consecuencia de ello, se declarará probada la excepción de buena fe. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, respecto del numeral segundo, en el sentido de absolver a la demandada Fabricación e Importaciones One Technology S.A.S. de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

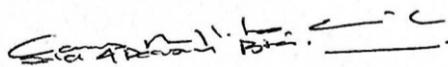
SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de buena fe.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

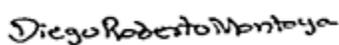
Notifíquese por edicto.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

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: **78d65f75aaf5d7a2503fb12c908b12d51fe7822200e12215ab9a4479289c35ce**

Documento generado en 30/09/2022 04:10:03 PM

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

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